Commission on the Future of Health Care in Canada

Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada

DISCUSSION PAPER NO. 12

Constitutional Jurisdiction Over Health and Health Care Services in Canada

by

Howard Leeson, Ph.D.

University of Regina

August 2002

The views expressed herein are solely those of the author and do not necessarily reflect those of the Commission on the Future of Health Care in Canada.

Contents

Highlights iv

Executive Summary v

Introduction 1

I Health Care and the Constitution 3
Provincial Powers 5
Federal Powers 6
Federal Territories 8
International Treaties 8
Unassigned or Ambiguous Jurisdiction 9

II Health and the Federal Spending Power 11

III The Charter of Rights and Freedoms and Health Care Jurisdiction 17
The Interrelationship of Definitions of Health and Constitutional Jurisdiction 18
Definitions of Health 20
Cost Containment, Federalism, and Jurisdiction 21
Globalization and Health Care 22

IV General Conclusions 24

Notes 26

Bibliography 28

Highlights

This paper examines the various questions related to the origin and exercise of constitutional jurisdiction over health care in Canada. In particular it examines four questions.

- ***What are the constitutional bases for the federal and provincial roles in the provision of health care in Canada?***

  Most agree that although provincial governments have a firm jurisdictional basis for the delivery of health care services, the increasing overlap and expanding scope of services means that the federal government has become a major player in the area, and that it has a constitutional basis for doing so.

- ***What is the constitutional basis for the exercise of the federal spending power as it relates to health?***

  Most agree that health is a matter of provincial jurisdiction, but also agree that the federal government can make transfer payments to provinces for health care purposes and attach conditions to those transfers, even if they appear to invade provincial jurisdiction. Some think that this power may be on shaky ground.

- ***Does the Charter of Rights and Freedoms affect the distribution of jurisdiction with respect to health care and the delivery of health care?***

  In a formal sense the answer is no. However, the potential to influence or enhance the exercise of jurisdiction is another matter. It is conceivable that the Charter might influence the role of the federal government.

- ***Insofar as Canadian health policy increasingly involves broader definitions of "health" each year, how might the interrelationship of broader parameters and overlapping jurisdictions affect health care policy in the future?***

  The paper concludes that economic powers will play an increasingly important role in health care because of globalization, economic powers like the power over patents, possible privatization, and finally, the important fiscal role that the federal government maintains in the funding of health care.

Executive Summary

This paper examines the various questions related to the origin and exercise of constitutional jurisdiction over health care in Canada. In particular it examines four questions.

What are the constitutional bases for the federal and provincial roles in the provision of health care in Canada? The answer to this question raises some interesting issues. Actual heads of jurisdiction have changed little since the original *British North America Act* was adopted. However, judicial interpretation of some of those provisions has altered their ambit significantly. During the same period, both orders of government have increased their overall involvement in general social matters, including health care. As a result, although provincial governments have a firm jurisdictional basis for the delivery of health care services, the increasing overlap and expanding scope of services means that the federal government has become a major player in the area.

Given the recent history of constitutional amendment in Canada, there is little likelihood of amendments that would either clarify the current heads of power, or add new jurisdiction to the federal or provincial governments. It may be that the courts might reinterpret some existing powers in an effort to remedy a specific problem, but they would be loath to cast a broad net into such a sea of overlapping jurisdiction. As a result, we can anticipate that changes will occur, if at all, by way of practice or agreement.

What is the constitutional basis for the exercise of the federal spending power as it relates to health? The answer to this question also provides some interesting insights. The common conception is that health care is a matter of provincial jurisdiction. The actual situation is more complex. The second common conception is that the federal government is on firm ground using its spending power in the area of health care. Put differently, most agree that health is a matter of provincial jurisdiction but also agree that the federal government can make transfer payments to provinces for health care purposes and attach conditions to those transfers, even if they appear to invade provincial jurisdiction. Provinces agree to this only because they want to keep federal funding. Although most constitutional experts agree that the federal government can dispose of its property in any way it sees fit, some, like Dale Gibson, think that this power may be on shaky ground.

Since the *Canada Health Act* is the main instrument of federal involvement, it is interesting that Gibson thinks that this act may be assailable if it is defended solely as an exercise in the disposition of property. He believes that it can be defended under the Peace, Order and Good Government (POGG) clause on the "national aspect" dimension. He may or may not be right, but it would be far better if the two orders of government could jointly agree on the principles involved and enshrine it in an agreement that carried with it a mutually agreeable dispute settlement mechanism. It remains to be seen if the recent agreement on the Social Union Framework Agreement (SUFA) will serve to help bridge this gap.

Does the Charter of Rights and Freedoms affect the distribution of jurisdiction with respect to health care and the delivery of health care? This question deals with the impact of the Charter on jurisdiction in the area of health care. Specifically, does the Charter affect the

distribution of jurisdiction with respect to health care in Canada? In this paper the question is interpreted to mean, "can the Charter be used to alter jurisdiction in health care." In a formal sense the answer is no. However, the potential to influence or enhance the exercise of jurisdiction is another matter. It is conceivable that the Charter, primarily through Section 6, Mobility Rights, and Section 15, Equality rights, might influence the role of the federal government. The kind of arguments made by Gibson that portability, for example, might be justified under POGG, could certainly be applied to Sections 6 and 15 as well.

Insofar as Canadian health policy increasingly involves broader definitions of "health" each year, how might the interrelationship of broader parameters and overlapping jurisdictions affect health care policy in the future? This question four asks us to speculate on broadening definitions of health and how that might relate to the economic powers of the federal government. These were broad questions that are only partially addressed in this paper. The paper concludes that economic powers will play an increasingly important role in health care because of globalization, power over patents, possible privatization, and finally, the important fiscal role that the federal government maintains in the funding of health care.

Overall the paper concludes that it is unlikely that there will be formal constitutional change in the area of health care. It is also probable that the courts will tread carefully in this area as well. If there is change needed in the exercise of jurisdiction, it will probably be brought about by political agreement, enshrined in some form of semi-permanent contract or arrangement.

Introduction

This paper examines the various questions related to the origin and exercise of constitutional jurisdiction over health care in Canada. In particular it examines four questions that are of importance for the future of publicly funded health care. These questions are:

- What are the constitutional bases for the federal and provincial roles in the provision of health care in Canada?
- What is the constitutional basis for the exercise of the federal spending power as it relates to health?
- Does the Charter of Rights and Freedoms affect the distribution of jurisdiction with respect to health care and the delivery of health care?
- Insofar as Canadian health policy increasingly involves broader definitions of "health" each year, how might the interrelationship of broader parameters and overlapping jurisdictions affect health care policy and the discharge of responsibilities for the delivery of health care in the future? In particular, how do various jurisdictional responsibilities for economic matters affect health policy?

In order to answer these questions, this paper is divided into four parts. Part I outlines the historical development of constitutional jurisdiction over health care in Canada. This development has been characterized by two long-term trends. First, important heads of power that might have been relevant to health care have taken on different meanings from those anticipated in 1867. This has occurred largely as a result of judicial interpretation. Second, the exercise of federal and provincial jurisdiction has changed profoundly in response to changing conceptions of the role of the state over the period 1867-2002. Despite this complexity, there is a discernible body of case law and convention to guide us in examining the present situation.

Part II of the paper looks specifically at the federal spending power and its impact on health care policy development and delivery of health care services in Canada. The federal spending power provides the basis for much of federal involvement in the policy areas of the social safety net in Canada. The ability to give or withhold funding for specific programs has been a potent force in shaping all areas of social policy. In health care, it forms the basis for the *Canada Health Act*, which seeks to provide "national standards" for Medicare.

Part III deals with one of the most interesting points that has emerged in this debate, the impact, if any, of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (the Charter) on the matter of the provision of health care services. Discussion in this area has usually revolved about the right to equality in the provision of care. Specifically, do people have some form of "charter right" to health care? To date the courts have resisted interpretations of equality rights that guarantee equality of condition as a public right, but they have not tolerated discriminatory treatment of individuals or groups in the provision of care. As well, they have resisted using place of residence as a basis for insisting on equality of condition or service. However, the law in this regard is evolving. This paper deals with a more precise question, however. That is, does the

Charter affect jurisdiction over health care in Canada? The answer to this question is easier to determine.

Finally, and most interestingly, the definition of what constitutes a "health" matter continues to expand. Whereas 30 years a go a health matter was generally thought of in curative terms that involved a doctor and a hospital, that definition has broadened considerably. Determinants of health now include such things as genetic factors, lifestyle, social and economic status, occupational and environmental conditions, and even race or gender. This part of the paper will explore the constitutional implications that flow from this kind of broad definition. While it may be useful to aggregate policy into clusters, it becomes problematic when constitutional powers are not distributed in a way that facilitates these kinds of aggregations.

The paper concludes by summarizing its descriptive and analytical findings. As well, it provides some suggestions on constitutional interpretations and directions that might be useful in shaping future policy in this area.

I Health Care and the Constitution

Any examination of constitutional powers with regard to health care in Canada must be based upon the recognition of several important considerations. First, "health care" is not a head of power in the Canadian Constitution in the same way that banking, buoys, or Sable Island is. The common perception is that health care is a matter of provincial jurisdiction. Such a statement is at best misleading. As Peter Hogg, one of Canada's preeminent constitutional experts says:

> ***Health is not a single matter assigned by the Canadian constitution exclusively to one level of government. Like inflation, and the environment, health is an 'amorphous topic' which is distributed to the federal parliament or the provincial legislatures depending on the purpose and effect of the particular health measure at issue. (Hogg 1998, 445)***

Why then is there a perception that the provinces have exclusive jurisdiction in this important social area? Part of the misunderstanding arises from the fact that section 92(7) assigns exclusive provincial control over hospitals and psychiatric institutions. Insofar as health care was concerned in 1867, it was thought of in terms of disease and hospitals. More will be said about this later.

The second important matter to be considered has to do with the evolution of the federal system in Canada. More precisely, the exercise of various constitutional powers by the federal and provincial governments in Canada has been altered profoundly by two important events. The first has been the growth of the involvement of the state in the lives of all Canadians. The second is the way that judicial interpretation and conventional usage have altered the original intentions of those who drafted the *British North America Act*.

Taking the second point first, it is important for our discussion to understand that exclusive provincial power over what has become such an important matter, as health care could not have been anticipated by the "fathers of Confederation." As Donald Smiley pointed out:

> ***The Confederation settlement contemplated a centralized federal system. Most of what were then regarded as the major functions of government were vested in the Dominion. (Smiley 1980, 19)***

Insofar as this distribution of power is concerned, many federal heads of power that were thought to be important in 1867 have come to be restricted by judicial interpretation. These include most importantly the general power (Peace, Order and Good Government [POGG]) and the trade and commerce power. In contrast, specific heads of provincial power were interpreted more broadly to enhance the provincial role and jurisdiction. In particular this was the case with the interpretation of Section 92(13), Property and Civil Rights. The Privy Council in Great Britain, through its disposition of appeal cases primarily during the period 1892-1930, effectively turned 92(13) into a broad provincial residual clause.[1] There is not time in this paper to review the role of judicial interpretation in constitutional development in Canada. It is important to point out, however, that such a process of interpretation could be expected where constitutional sections are

either ambiguous or potentially susceptible to broad interpretation. Whyte and Lederman put this dilemma very well in their landmark books on constitutional law in Canada.

> ***The danger is this, that some of the categories of federal power and those of provincial power are capable of very broadly extended ranges of meaning. If one of these concepts of federal power should be given a broadly extended meaning, and also priority over any competing provincial concept, then federal power would come close to eliminating provincial power. The converse could happen just as easily, with the federal power suffering virtual eclipse. (Whyte and Lederman 1977, 4-10)***

Thus it is not only important to understand the actual heads of power with regard to health care, but also how they interrelate with other heads of power, how they have changed, and why.

This brings us to the second matter involved with this point. The roles of the federal and provincial governments, and the exercise of their jurisdiction, have changed in response to changing conceptions about the role of government in society. In 1867, matters like education, health care, family care and control, and most of what we now consider social services, were all considered private, charitable or religious matters. These services, insofar as they existed, were not generally thought to be included in the responsibilities of the state, except in a then very limited regulatory manner. The conceptions and expectations about the role of government in this area changed profoundly during the 20th century, especially after the Great Depression. Canadians demanded that the state ensure that many basic social services in society be guaranteed by entrusting them to government. This raised the question of what government, federal or provincial, ought to be responsible for these services, and concomitantly, the relationship between them. As Bakvis and Skogstad point out in their recent book on federalism, it has made for interesting times.

> ***Despite occasionally turbulent relations between governments, and despite the high degree of centralization, the Canadian federation has successfully faced several major policy challenges. These challenges include those related to the construction of the post-war social safety net, including Medicare. . . . (Bakvis and Skogstad 2001, 4)***

The most crucial questions involved capacity and power. The lesson of the depression was that the provinces had the constitutional power with regard to matters like unemployment, pensions, and social services, but lacked the fiscal capacity to cope with the problems. By contrast, the federal government had the plenary taxing power and the fiscal capacity, but no constitutional jurisdiction in relation to these costly areas of social welfare. This led to intense pressure from Canadians for the federal government to get involved in areas of provincial responsibility. Some provinces resisted this pressure, but fought a losing battle.

> ***A rising tide of political sentiment ran in the opposite direction. From the 1930's through the end of the 1950's the centralist perspective was the dynamic initiating force in Canadian constitutional politics. Centralism was never stronger than during this quarter century. (Russell 1993, 62)***

For the most part this centralization did not involve specific constitutional amendment. Instead, the federal government found new ways to become involved, primarily as we will see, through

the use of the spending power. The desire of Canadians for social services served to legitimate the involvement of the federal government in areas of what were previously considered provincial responsibility. This is an important point. No federal government could resist the chance to secure political credit for ensuring that there was no return to the deprivation of the 1930s. The small matter of jurisdiction could be overlooked in the circumstances. Thus, together with the increasing complexity and expansion of health care delivery, crucial political imperatives dictated that both orders of government become involved in a profound way in this area.

With this background we can now turn to the explicit heads of constitutional power involved in health care.

Provincial Powers

92(7) – *The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions In and For the Province, Other Than Marine Hospitals.*

This section constitutes one of the central sources of provincial jurisdiction in the area of health care. By natural implication, the regulation of personnel, and functions associated with these institutions broadens the ambit of jurisdiction. Originally these institutions were under the control of private and religious groups. The fact that most are now owned by the government makes their control a matter of government proprietorship also. It should be noted that there are major exceptions to the above. The first is marine hospitals, which are explicitly mentioned in 91(11) and hospitals and care in federal territories and defense establishments.

92(10) – *Local Works and Undertakings. . .*

This section could be used to bolster provincial control since most hospitals are not parts of interprovincial enterprises. However, many health care delivery organizations, such as nursing homes, are now both private and national in scope, and might be susceptible to federal regulation through competition legislation, or by virtue of the fact that they are economic enterprises that are covered by treaties such as NAFTA.

92(13) – *Property and Civil Rights in the Province*

This section, aside from the fact that it has received wide ambit in judicial interpretation, is the basis by which the provinces regulate labour relations and the professions involved in the health care field.

92(16) – *Generally All Matters of a Merely Local or Private Nature in the Province*

This section is similar to Section 92(10) but involves private matters as well. This would bolster the provincial power to regulate religious health care delivery agencies.

93 – *In and for each province the Legislature may exclusively make laws in relation to education…*

This section allows the provinces to regulate the education and training of all health care delivery personnel. It also allows them, in conjunction with section 92(13), to establish self-regulating professions and registration procedures in the field.

95 – *In each Province the legislature may make laws in relation to. . . immigration. . . .*

This is a concurrent power with the federal government and provincial laws may not be "repugnant" to federal laws. Immigration has been important in some provinces attempting to cope with a lack of domestic health care personnel by bringing immigrants into the province.

These are the major provincial constitutional powers over health care. They are supplemented by the general power over provincial public lands and assets, as well as the provincial taxation power.

Federal Powers

Section 91 – The most important powers in this section have been the enumerated heads, which we will examine below. It is worth noting, however, that the residual or general power remains. Despite the fact that it was restricted by judicial interpretation in the period up to 1930, some think it possible that it could be important in the future. Indeed, the Supreme Court has several times indicated that it remains a possible potent source of federal power.[2] The most often cited examples of "national concern" usually involve health matters.

> ***There are however, cases where uniformity of law throughout the country is not merely desirable but essential, in the sense that the problem 'is beyond the power of the provinces to deal with.' . . . The often-cited case of an epidemic of pestilence is a good example. The failure by one province to take preventative measures would probably lead to the spreading of disease into those provinces, which had taken preventative measures. (Hogg 1998, 415)***

The recent events after September 11, 2001, and the attacks in the United States, have led the national government to look at health measures designed to combat the release of deadly diseases such as smallpox. As well the federal government has acted to stockpile needed drugs to cope with something like the mailing of envelopes with deadly anthrax bacterial spores in them. No one would dispute that these are health measures, but they are generated from security and national defense concerns.

91(2) – *The Regulation of Trade and Commerce*

This head of power was thought in 1867 to be one of the most important. Given the economic expectations associated with Confederation, and the anticipated role of the federal government in this area, it was a reasonable expectation. However, judicial review of this section in relation to

section 92(13) led to the diminution of the federal power over trade and commerce. There is too little time in this paper to fully explore the constitutional changes and debates involved in this matter. However, one aspect is crucial, the regulation of international trade and commerce.

How is this related to health care and the delivery of health care services? For the most part it relates to the production and trade in health care related goods and services. Most of the products relevant to the delivery of health care such as machines, drugs, tools, and construction of facilities, are produced in the private sector. Quite often they are imported from another country. They are treated no differently than other products that are produced or traded. As well, many of the services related to health care delivery, such as training programs, are also undertaken by the private sector, often with manuals or procedures developed in other countries and sold in Canada. In short, the economic aspect of health care is both international and subject to regulation by the federal government.

This is especially true when it comes to comprehensive international agreements. In agreements like NAFTA general regulations about trade and trade practices are put in place, even though the implementation of those regulations may trench on an area of provincial jurisdiction. Thus obligations in the field of health care may result from general trade agreements, despite the fact that health care delivery is largely a provincial responsibility.[3] We will explore this more fully later in this paper.

91(9) – *Beacons, Buoys, Lighthouses and Sable Island*

Since the federal government was given exclusive jurisdiction over Sable Island, all health care related matters on the island come under federal jurisdiction.

91 (11) – *Quarantine and the Establishment and Maintenance of Marine Hospitals*

The federal government has exclusive jurisdiction over marine hospitals in Canada. As well, it has the health-related power of quarantine.

91(22) – *Patents of Invention and Discovery*

This power has had a major impact on health care in Canada. Patents allow the individual or corporation to claim the exclusive right to manufacture and profit from "inventions." This is particularly important with regard to drugs that are now used extensively in the prevention and treatment of illness. The cost of these drugs has risen dramatically in the last two decades, in part because Canada, along with other governments in the developed world, has extended the time of patent protection. In Canada it was lengthened from 7 years to 21 years. The effect of this has been to preclude generic manufactures from providing cheaper copies of the patented products, usually until after their effectiveness has been superceded by newer patented drugs.

91 (24) – *Indians and Land Reserved for Indians*

Initially this power included all health matters for "Indian" people (excluding Metis in most cases). This is now not the case. The matter of health care and the delivery of health care services for "Indians" is a matter of ongoing negotiation between federal, provincial, and First Nations governments. First Nations generally want to deliver their own services wherever possible. However, they believe that the federal government is responsible for the cost of this care under treaty obligation. For its part, the federal government has now restricted its fiscal role to First Nations people on reserves. Provincial governments have now unwillingly assumed the cost of health care for all Aboriginal peoples off reserves.[4]

91(27) – *The Criminal law. . .*

The criminal law power is intimately associated with matters of health care. By using its power to declare something a crime the federal government has the power to restrict or expand many health activities. Current examples that illustrate this are: the criminalization or decriminalization of such procedures as abortion, cloning, genetic research on embryos, and sperm banks. As well the use of certain foods and drugs can be made illegal or restricted For example, marijuana can be used for medicinal as well as recreational purposes. By classifying it as illegal, the use of this substance for health purposes is restricted.

92(10c) – *The Power to Declare Works. . .*

Federal power in this area results from its declaration of a "work." As a result, such as in the uranium area, the federal government becomes responsible for labour relations, work safety, and health issues, all of which would normally be under provincial jurisdiction. Thus, if the political will were present, any hospital or group of hospitals could be declared to be a work for the general advantage of Canada by Parliament.

Federal Territories

The territories of Yukon, Northwest Territories, and Nunuvat are all ultimately under federal jurisdiction, since their own jurisdiction is delegated from Parliament. Although the three jurisdictions have various legislative bodies and treaty arrangements that govern the delivery of health care services, ultimately constitutional power in these areas is with the federal government.

International Treaties

It is possible for the federal government to intrude on or frustrate provincial jurisdiction through the power to sign international treaties. In other federal countries, this power is virtually unchecked.[5] In Canada the situation is somewhat more complex. The constitutional power to implement treaties originally resided in Section 132 of the *Constitution Act*. It allowed the

federal parliament to implement treaties signed on behalf of the empire.[6] However, in a landmark decision rendered in 1937, the Judicial Committee of the Privy Council declared this section to be exhausted as a result of the fact that treaties had ceased to be treaties of the empire. It rejected the idea that the federal parliament would automatically have the right under Section 91 to intrude on areas of provincial jurisdiction to implement the provisions of international treaties. This has left Canada with a "bifurcated treaty power." Simply put, if the federal government signs a treaty in an area of provincial jurisdiction, it means that the provincial legislature must implement the provisions of the treaty in its area of jurisdiction. It may or may not do so. Since 1937, the Supreme Court of Canada has "nibbled" around the edges of this decision, but never reversed it.[7]

This has meant that economic treaties such as the FTA and NAFTA, which obviously have implications for health care, have yet to be tested. It could be that the Supreme Court may find that the power exercised over international trade by the federal government can incidentally trench on the provincial power over the delivery of health care. This would be especially relevant in the matter of private sector hospitals, etc.

The above is not an exhaustive list of specific powers, or the discussion about them. However, it does touch on most of the relevant major heads of power. Of equal interest for this paper are areas that are either ambiguous or that overlap.

Unassigned or Ambiguous Jurisdiction

As with any constitutional document, powers assigned to governments at one time often become redundant or inapplicable in another time. This has been especially true in Canada in the last century as the political and social roles of the federal and provincial governments have changed dramatically. Sometimes these ambiguities have been directly remedied through judicial decision or constitutional amendment. For example, neither the radio nor the airplane was contemplated in 1867. The question of regulation of these devices and activities associated with them became a question in the early 20th century. The courts resolved both matters in 1930, assigning jurisdiction for both to the federal government in Canada.[8] No one contemplated the need for a national unemployment insurance scheme in 1867, but the savage depression of the 1930s made it a social necessity. The problem was solved by assigning the matter to the federal government by amending the *British North America Act* in 1940. The same was true for pensions in 1951, although the provincial governments retained paramountcy in that case.[9]

Not all matters have been so easy to categorize, however. In some cases both federal and provincial legislatures have legitimate and pressing concerns. The question of the environment is an example. Both the Parliament of Canada and the provincial legislatures have dealt with "environmental" matters when they thought it necessary. In part this is because the "environmental matters" are not easily classifiable. They may involve a number of jurisdictional heads. For example, air pollution can be thought to be a matter involving natural resources if it comes from the operation of a mine, or water pollution can be a fisheries matter if it involves the rivers emptying into the ocean. It can be a local matter if it involves one lake, a federal matter if it affects inland streams, or an international matter if involves the Great Lakes. The type, extent,

and time of the matter all affect the exercise of jurisdiction. Finally, the matter of politics also enters into the equation. It may be politically desirable for one order or the other to be seen to be doing something about a particular issue or problem at any given time. The environment is only one example. Matters like communications, intellectual property, and others could be said to fit into this category.

Of greater concern perhaps, are matters that require federal and provincial governments to coordinate their areas of jurisdiction to deal with a particular issue. For example, in the matter of inflation the primary powers are federal, but the exercise of provincial jurisdiction with regard to spending and borrowing is very important. In a modern interconnected and complex society it is almost impossible to have watertight jurisdictional compartments. This is certainly the case with regard to health care and the delivery of health care services. Even without the exercise of the spending power by the federal government, which will be discussed below, health care is an area where constitutional coordination is required. Thus, while it is useful to know the specific areas of jurisdiction, such knowledge alone gives you no sense of the actual exercise of power by the two orders of government. Other matters, as discussed below, become equally important.

II Health and the Federal Spending Power

For the purposes of this paper, we will assume that much of the history and detail involved with this issue is already known to the reader. The crucial elements revolve about the matter of the federal use (or non-use) of its ability to raise and spend revenue in Canada, and its impact on provincial legislatures and governments when it does so.

The term "spending power" requires some definition in order to ensure that we deal with it in a precise manner. There are many ways that a government can use its power to "spend." The first and most obvious use of the federal spending power involves the expenditure of monies on projects and services within the federal jurisdiction. These can include direct payments to individuals or corporations for goods or services. As well, the federal government expends monies on various programs that are within the federal jurisdiction. This includes the expense of the public service in managing these programs.

The federal government also makes direct payments to individuals for a variety of purposes. There is nothing to restrict the federal government in these payments. The only question may revolve about the purpose involved, or the qualifications to receive the payment. The purpose may be something that is offered or regulated by the provinces. For example, there is nothing to prevent the federal government from giving cash bursaries to students attending educational institutions, or from providing research grants to university faculty engaged in research at a provincial university.

The federal government may also use its taxing power as part of the spending power. We have all heard of the term "tax expenditures." This usually means revenue forgone by not exercising or transferring certain taxes, in Canada, most often to the provinces. These are considered as real expenditures and their transfer is often referred to by federal ministers when talking about their "share" of the cost of programs like Medicare.

Another way to use the spending power is to transfer monies to other governments in Canada. In the case of the federal government, this application has a long and honourable history. Many of the crucial arrangements and debates in 1867 involved the level of Dominion payments to the new provinces, division of property, and assumption of debts. Several parts of the original *British North America Act* refer specifically to such arrangements.[10] This has continued to be the case, and has often been the subject of federal-provincial conferences. Transfer payments, as they are now called, are intimately bound up with shared cost programs, the spending power, and federal/provincial questions about jurisdiction.[11]

Debate about the use of the spending power usually revolves around questions about its use in areas of provincial jurisdiction. The general arguments in this case are also well known. In the post-WWII era the Liberal federal government sought to establish a number of social programs in Canada. The motivation for this move is a matter of some discussion. Some argue that it was simply the product of electoral concerns, a move to the left by the Liberals to blunt the rise of the CCF. Others have argued that it was the result of the need to legitimate the capitalist economic system, to prevent a move toward socialism. For example, Garth Stevenson has argued this point of view in his works on Canadian federalism.

> ***Generally speaking, however, conditional grants [by the federal government] have been mainly devoted to legitimization, precisely because the provinces cannot be relied upon to spend money in this field of policy without substantial incentives, and in some cases actual coercion.***
>
> ***It would be wrong, however, to overestimate the federal enthusiasm for spending on legitimization. . . . By accepting only partial financial responsibility and leaving provinces to assume the rest, the federal government purchases the political benefits (or avoids the political cost of inaction), at minimum expense to its treasury. (Stevenson 1982, 157 and 158)***

Others explain the rise of shared cost programs as a reaction by the state to the unreformed federal system, as a way to circumvent an unusable constitutional system.

> ***Historically the fiscal arrangements for social policy have served various purposes, all of which can be related to the handling of social policy in the Constitution. At times, the purpose has been to bridge the vertical 'fiscal gap' caused by the constitutional allocation or mismatch of revenues and expenditures, while at other times the desire has been to assist the poorer provinces in such a way that all parts of the country are able to offer comparable levels of public services. Sometimes the intent is to convince provinces to establish programs that might otherwise not have been developed sufficiently or even introduced. . . . Lastly, national unity has been the object of the arrangements. In this form, the arrangements amount to 'bonds of nationhood' forged out of a sense among Canadians that they share common services with each other. (Barker 1998, 145)***

Whatever the motivation, the outcome was that over 100 shared cost programs were established after WWII, the best known of which were in the health care field. The constitutionality of this use of the spending power has caused considerable debate.

Generally arguments against federal involvement in shared cost programs involve two matters. The first is that by its use of the spending power the federal government skews provincial priorities. By offering federal dollars for certain programs in the area of provincial jurisdiction it ensures that others, not funded by the federal government, will be relegated to a lower priority. Insofar as the area of health care is concerned, this was an initial argument when the federal government first attempted to induce the provinces to establish a national Medicare system. No province now seriously argues against a Medicare system, but there is considerable debate about the lack of adequate federal financing, and consequently its role in determining the shape and priorities of the system.

The centre of debate in the last two decades, however, has concerned the use of the federal spending power in order to "enforce" certain health care goals outlined in the *Canada Health Act* (CHA). These "principles" are public administration, comprehensiveness, universality, portability, and accessibility. If a provincial system does not meet these criteria it is liable to lose some or all of the federal funding designated for health care delivery.

There are, therefore, two important questions involved. Is it constitutional for the federal government to use its spending power in the area of health care? Second, is it constitutional for the federal government to impose conditions upon provinces like those in the CHA?

While there are still many who argue against a positive answer to the first question, the majority of scholars support the kind of interpretation outlined by Peter Hogg.

> ***It seems to me that the better view of the law is that the federal parliament may spend or lend its funds to any government or institution or individual it chooses, for any purpose it chooses; and that it may attach to any grant or loan any conditions it chooses, including conditions it could not directly legislate. There is a distinction in my view, between compulsory regulation, which can obviously only be accomplished by legislation enacted within the limits of legislative power, and spending or loaning or contracting, which either imposes no obligations on the recipient (as in the case of family allowances) or obligations which are voluntarily assumed. . . . (Hogg 1998, 157)***

He supports this view in two ways. First he refers to Parliament's power under sections 91(3), the power to levy taxes, and 91(1A) to legislate in regard to public property, and 106, the right to appropriate federal funds. Second, he refers to the judgement of the Supreme Court in *Re Canada Assistance Plan* in which Justice Sopinka wrote the following for the unanimous decision.

> ***The written argument for the Attorney General of Manitoba was that the legislation 'amounts to' regulation of a matter outside of federal authority. I disagree. The Agreement under the Plan set up an open-ended cost-sharing scheme which left it to British Columbia to decide what programmes it would establish and fund. The simple withholding of federal money which had previously been granted to fund a matter within provincial jurisdiction does not amount to regulation of the matter. (Hogg 1998, 158)***[12]

Hogg is supported in his view by many other scholars. In particular Martha Jackson, writing in the *Health Law Journal*, outlines exhaustively the arguments and cases supporting the legitimacy of the federal government's role in health care. For example, she reviews the criminal law power involving environmental cases.

> ***Following its decision in RJR-MacDonald, the Supreme Court confirmed Parliament's ability to rely on its criminal law power to justify broader forms of health regulation in R. v. Hydro Quebec. (f.#55) The case involved a challenge by Hydro-Quebec to the regulation of PCBs under the Canadian Environmental Protection Act. In rejecting Hydro-Quebec's claim that the environmental controls contained in the Act touched upon matters of provincial jurisdiction, Justice La Forest asserted that the goal of protecting human health supported federal regulation of toxic substances under the criminal law power. The Supreme Court's reasoning in RJR-MacDonald and in Hydro-Quebec provides considerable scope for future federal legislation aimed at controlling activities which put human health at risk, including those which have historically been perceived as entirely legitimate in nature. As Justice La Forest's decision makes clear, the federal government may not only exercise its criminal law***

> ***power in emerging areas of public health concern, it may also invoke section 91(27) in support of regulatory schemes which, like the Tobacco Products Control Act, are relatively detailed and complex in their structure, penalties and scope. In this regard, the RJR-MacDonald decision represents an important departure from the earlier view (f.#56) that legislation of a regulatory rather than more strictly prohibitive form could not be justified under section 91(27). By allowing for a regulatory approach to public health issues under section 91(27), the decision significantly expands the potential for federal reliance on the criminal law power in the area of health. (Jackman 2000, f55 and 56)***

She concludes that ***"The need for cooperation between the federal government and the provinces in the area of health is therefore as much a matter of constitutional law as it is of sound health policy." (Jackman 2000, f142)***

If Hogg and Jackman are categorical in this matter, some others are not. In an excellent article on this issue, Dale Gibson, Belzburg Fellow at the University of Alberta Law School worries that the justifications put forward by Hogg and others are not sufficient.

> ***Two important cautions should be noted, however. First the power may not be quite as sweeping as some of the pronouncements [like those of Hogg] seem to suggest. Although some of those statements quoted above seem to indicate that the federal spending power provides limitless justification for conditional federal fiscal initiatives in provincial fields, the historical pattern of Canadian constitutional interpretation, which has maintained a rough balance between federal and provincial powers, strongly suggests that if such initiatives threatened to alter that balance the courts would interfere. The second (and related) caution is that the customary theoretical legal basis for exercising the federal spending power in provincial fields is open to considerable question when scrutinized in terms of long-standing general principles of Canadian constitutional law. These two matters are related since, as will be seen, the customary rationale for the federal spending power offers very limited scope for federal involvement. . . . Leaving these legal doubts unresolved may not be wise. (Gibson 1996, 7)***

Gibson outlines his concerns in some detail. He concentrates in particular on legal justifications that rely on Section 91(1A), Public Debt and Property. He reviews the argument used by most in favour of this broad power, which concludes that monies raised by the federal government are really property, and that the federal government is allowed to dispose of its property in any way that it desires. In the case of the *Canada Health Act*, therefore, it is really an act about federal property, and not health care.

He goes on to argue that this approach has two "Achilles heels." First, there is doubt as to the ability of the federal authority to raise money for provincial purposes, and second, there is a legal requirement that legislation authorizing spending be in "pith and substance" really about the disposal of federal property and not some other purpose. The second is potentially most telling. In examining the *Canada Health Act*, no reasonable person would conclude that it is only about the distribution of federal property. Several parts of the Act make specific reference to health objectives and requirements. However, the Act could still survive if it was deemed to have a dual aspect. Again, Gibson notes that such a conclusion is by no means guaranteed. In particular, he

cites the Supreme Court decision on the Canada Assistance Plan. (Gibson 1996, 10) He concludes by saying:

> ***In light of this uncertainty, those who support federal health care initiatives under the Canada Health Act and other uses of the federal 'spending power' would be well advised, as a safeguard against the possibility that the 'property' rationale will eventually succumb to siege, to explore alternative rationales. (Gibson 1996, 16)***

In the remainder of his paper Gibson provides a cogent and well-argued case that acts like the *Canada Health Act* can be justified under Section 91, the Peace Order and Good Government clause (POGG). In particular, he stresses that "national dimension" aspect of several judicial decisions involving POGG.

> ***While the applicability of the POGG power to federal legislation relating to health has never been determined conclusively, the Supreme Court of Canada has suggested that the power has a role to play in that field, [Margarine Reference, 1985] and in 1993 the Quebec court of Appeal held that federal legislation restricting tobacco advertising could be justified by POGG. (Gibson 1996, 17 and 18)***

Gibson's arguments are compelling, if not conclusive, especially as they relate to some elements of the CHA such as portability, one of the five principles in the Act.

Gibson wrote his article before the negotiation and agreement of the nine provinces and the federal government to the Social Union Framework Agreement (SUFA). This agreement obligates all governments to respect the principles in the CHA. It is possible that this agreement could bolster the legal case that the requirements of the CHA are justiciable.[13]

We are left, therefore, with the uneasy feeling that the present constitutional justifications of the *Canada Health Act* are assailable, while other justifications, such as those proposed by Gibson, are not yet accepted.

Recent initiatives by the government of Alberta in response to the provincial study on the health care system headed up by former Deputy Prime Minister Don Mazankowski may serve as the catalyst for some judicial activity in this regard. The provincial government appears poised to privatize parts of the hospital system, and to de-list some services. It is possible that this could be construed as a violation of the principles of the CHA. Preliminary reaction by the federal government is cautious, with no indication that the federal government might penalize the province of Alberta for these proposed actions. This approach is not shared by many in the province itself, or by some of the opposition parties in Parliament. The lack of federal response raises a corollary question, however. Should the federal Cabinet not act to penalize the province of Alberta, is that the end of the matter? The answer by at least one scholar is that this is not the case. He argues in a lengthy article that the courts could be asked to force the federal government to enforce the legislation, to penalize the province. In particular, this action could be taken by individuals seeking to enforce the principle of the Act. Should such a court decision be forthcoming, the federal government would be forced to act or change the legislation. (Choudhry 1996, 462-509)

In the final analysis, at least in the near future, the constitutional status of the CHA may not be of great consequence. All governments have shown a distinct lack of appetite for a judicial challenge to its requirements. This is true even of the PQ government in Quebec. However, the continuing reduction of the federal fiscal role in health care may yet prove to be the catalyst for legal action. The outcome of that action would not, as Gibson has indicated, be a foregone conclusion.

III The Charter of Rights and Freedoms and Health Care Jurisdiction

This section deals with the impact, if any, of the Charter of rights and Freedoms on the matter of the provision of health care services. Discussion about the Charter and health care usually addresses the question of whether or not there is a justifiable right to equality of health care, or some minimum standard of publicly provided health care, in Canada. Specifically, do people have some form of "charter right" to health care?[14] As always, the law in this regard is evolving, and a charter challenge is not out of the question. However, this paper deals with a more precise question. That is, does the Charter affect jurisdiction over health care in Canada?

There are several ways to conceptualize this question. The first would be; has the Charter transferred jurisdiction over health care in any meaningful way between the two orders of government? The short answer to this question is no. Insofar as provincial or federal jurisdiction over health care is concerned, the courts have not used the Charter to re-allocate power or powers as a result of interpretation of the Charter. It is difficult to conceive of this happening, except in the instance where one order of government refused to exercise its jurisdiction, causing a breach of a Charter right. For example, if the federal government refused to use the power to quarantine at all in specific regions of the country, section 15 might be invoked to ensure "equality" of treatment. We are on slippery ground here however.

If the Charter has not been used to do this, is there the potential for the Charter to be used to alter jurisdiction, or to enhance the jurisdiction of one order or the other? The answer is less than clear, but it is not difficult to conceive of how this might occur. For example, Dr. Marcia Rioux, in a book by Margaret E. A. Sommerville, outlines the basis for such an occurrence.

> ***As an absolute minimum, any health policy must conform not only to the five recognized principles of the Canada Health Act, but also to meet the standards of the constitutional guarantee of equality rights. . . the acceptable bases for determining access to scarce resources must now be viewed in terms of the legal standards found in the Constitution and the Charter of Rights and Freedoms. (Rioux 1999, 144 and 145)***

She goes on to cite cases where provincial governments were required to amend treatment or practices to conform to the equality guarantee of the Charter, section 15. That is, equal access to treatment was not being afforded to a recognizable group, in the most recent case, to those who are deaf in British Columbia. She concludes by emphasizing that the equality section must be used to ensure that no discrimination is allowed as between individuals or groups. She implicitly accepts the notion that equal health care access is a right of citizenship. (Rioux 1999, 144 and 145)[15]

Superficially this has little to do with jurisdiction. She does not speak to the question of equality as between provinces or the need for the power over health care to be transferred to the federal government in order to ensure equality. However, when wedded to some of the notions presented in the Gibson article cited above, it is easy to see how this could be the case. Gibson argued that the CHA could be supported by the POGG power in section 91. In particular, he

noted that the portability section of the CHA could be justified as a "national concern" and therefore supported by 91.

> ***The goal of the portability criterion is obviously to ensure (to the extent that federal and provincial contributions are capable of doing so) that everyone who resides somewhere in Canada is free to exercise his or her right . . . to move about the country at will, without jeopardizing his or her access to satisfactory public health care benefits. The contention that legislation in support of such a goal has a national dimension is rooted, again, in the fact that no single province could achieve it. . . . Only the Parliament of Canada has the constitutional authority to ensure the portability of health care benefits for all Canadians. (Gibson 1996, 22)***

The argument is clearly about equality of access. Curiously, however, Gibson supports this argument only with reference to Section 6 of the Charter, the Mobility Rights section, and not by reference to Section 15, Equality Rights. It seems that this argument could also be made.

The combination of 6 and 15 in the Gibson argument gives us a scenario where the jurisdiction of the provinces could be altered and/or reduced by the application of the Charter in order to ensure equality of access between the provinces. In this case, the federal government would legislate portability under POGG, using the argument of national dimension and Sections 6 and 15 of the Charter. Gibson goes on to speculate that universality and comprehensiveness could also be supported, albeit with less guarantee of success in case of a legal challenge. (Gibson 1996, 23) Such an enhancement of federal jurisdiction in this scenario would profoundly affect the jurisdictional balance in health care.

The possibility of using Section 6, Mobility Rights, to enhance the right of the federal government to legislate in the area of health care has already been noted above. Again, the existence of intergovernmental agreements like SUFA and the Agreement on Internal Trade (AIT) might be used to bolster the case.

The need for brevity in this article means that we have only scratched the surface of this subject. We can conclude by saying that it is likely that the Charter will be used to ensure equality of access in the area of health care in the future. Indeed, it may even be used to guarantee the system itself.

The Interrelationship of Definitions of Health and Constitutional Jurisdiction

This section attempts to answer the questions that surround definitions of health, health care and health care services, and jurisdictional responsibilities. More specifically, since definitions of what constitutes "health" have become more encompassing as we move away from the acute and chronic care model and toward the "wellness" or "preventative" model, does this have implications for the interrelationship of constitutional jurisdiction and jurisdictions that will come into play in the regulation and delivery of these increasingly broad services? Even more specifically, what role will economic powers play in the future in the area of health?

One way to reduce the scope and complexity of these questions is to focus on one or two major issues. Another way is to look at what has shaped broad trends in federal-provincial relationships during the past several decades and attempt to extrapolate future trends in the area of health care in particular from those broad trends. The first approach might select, for example, the issue of privatization and examine how major moves in this area might affect jurisdiction. The second approach might look at the role of the federal government in health care as an indicator of its commitment to the equity goals that have characterized federal government involvement in programmes that are largely in areas of provincial jurisdiction. In this section we will take the second approach, and blend in issues like privatization where relevant.

We looked briefly above at the conditions involved in the creation of a social program like Medicare after WWII. There was a broad social consensus that such a programme was needed, and the fiscal capacity of the federal government to initiate and sustain such a programme. Both consensus and capacity remained until the latter part of the 20th century. Harvey Lazar describes this interrelationship very well.

> ***Until the late 1970's or early 1980's, Canadian fiscal federalism had a 'mission statement.' Its sense of purpose mirrored the broader postwar consensus about the role the state could play, through programs of redistribution and macroeconomic stabilization, in building a fair and compassionate society and a prosperous and stable economy. In turn this consensus was predicated on the idea that there was a latent sense of Canadian political nationhood, which could be mobilized in pursuit of these noble goals. (Lazar 2000, 4)***[16]

For the most part, this "mission" was accomplished without formal jurisdictional change. It was undertaken and installed through various informal federal-provincial mechanisms of accommodation. These have at different times been called cooperative federalism, collaborative federalism, executive federalism and accommodative federalism, and recently flexible federalism. Results were achieved largely through negotiation and federal-provincial agreement. In other words, conventional practice altered formal jurisdictional capacity.

That process began to break down in the last two decades. Under fiscal and other pressures, both orders of government began to make unilateral decisions that had serious implications for the other order. The consensus on process was the first casualty of fiscal pressure, especially after the Liberal party took over government in 1993. As a result, the system lost both some of its sense of purpose and its sense of process. In health care this, coupled with other factors, produced a crisis of funding and services, which led to a crisis of confidence and disagreement about the principles of Medicare.

This process was compounded by the emergence of genuine ideological differences between the governing parties of the provinces, and, in some cases, the federal government. In Alberta and Ontario, Progressive Conservative governments were not only committed to fiscal integrity, they were committed to reducing the role of government, including its role in health care. This brought them into conflict with some other provinces, like Saskatchewan, and with the federal

government. The result was more pressure yet on the post-war consensus about social programmes, with the expected fragmentation of programme and purpose.

At the same time, there have been broad pressures in the other direction. Lazar, in the same article noted above outlines these pressures.

> ***If the federal and provincial governments were operating in watertight compartments, this [trends toward unilateralism and loss of a sense of mission] might not matter much. But the forces of global and continental integration are increasing interdependence among economies and politics. For functional reasons, therefore, they are making intergovernmental collaboration a growing necessity for an ever-broadening range of issues not only across international borders, but also for governments within Canada. For that collaboration to be effective, however, the various governments have to have a minimum level of trust for one another. The 'rules of the game' must entail a measure of predictability about the behaviour of the partners. (Lazar 2000, 5)***

Where, then, are these countervailing trends headed? Part of the answer lies in assessing how ever-broadening definitions of health, together with increasing economic globalization and integration, will integrate with the now re-emerging fiscal pressures that have fragmented the sense of national purpose described by Lazar.

Definitions of Health

As noted earlier in the paper, conceptions of what constitutes health and health care services have changed dramatically since the time of confederation. Indeed they have changed more dramatically in the last three decades than at any time in between. We now conceive of "health" in broader social terms, indicating that we understand that disease and its implications arise in a more holistic sense from everyday life and being. Many of the recent commissions studying health in the past two years have taken pains to point this out.

> ***High tech medicine and emergency room dramas may get all of the media attention, but a quiet revolution has been taking place at the other end of the health system that is just as important. The evidence from around the world is clear. When it comes to improving health, high tech care takes a back seat to primary health services. The 'miracles of modern medicine' are not limited to drugs and surgery. Research on heart disease and diabetes, for example, demonstrates that years can be added to people's lives by healthy lifestyles, early intervention, monitoring and health management-simple everyday health measures. (Fyke 2001, 9)***

The Commission goes further to say that the "health effects of poverty and inequality are becoming more evident, particularly in the case of aboriginal people." (Fyke 2001, 12)

Lifestyles, poverty, inequality, drugs, high tech equipment, and the equity goals of accessibility, and comprehensiveness, all make for a complex multi-faceted system that does not fit neatly into the constitutional categories of 1867. It is clear, however, that as the definitions of

health change and expand, they bring with them new ideas on what to do, and in many cases, how to do it more efficiently. Thus promotion of health prevention measures is justified not only on the grounds that it will keep people healthier, but that it will do it cheaper. The old maxim "an ounce of prevention is worth a pound of cure" is at the heart of much of the reform of Medicare and health care in general in Canada. Yet, despite cost savings, there is still the need to deal with rapidly expanding and costly health care measures in the existing system, while investing in new approaches that will ultimately save money. In other words, we need to invest now, to save later. The first part of this equation is what has caused so much consternation in the past 10 years.

It is obvious that how you define health, health care services, and even medical necessity all have profound implications for federal provincial relations. If, as suggested in the Mazankowski Report in Alberta, certain medical services are removed from the list of covered services, it will undoubtedly cause at least discussion with the federal government, if not confrontation. But will it affect constitutional jurisdiction, the subject of this paper? The answer is probably that it could, although this answer is hardly satisfactory. The most obvious way that this could happen would be through a court challenge involving the *Canada Health Act*, or even a Charter challenge, as discussed earlier in this paper. If such a challenge were successful, it could alter the jurisdiction of the provinces or the federal government. The more likely outcome, however, is that such definitional changes will alter federal provincial discussion and agreement.

Cost Containment, Federalism, and Jurisdiction

Given the widening definitions of health, it is inevitable that there will be increasing overlap with the federal government as the economic decisions of that government impact on health care. We saw this happen in the period after 1993. The federal government cut back massively in transfer payments in all programs, including health. According to studies, when adjusted for inflation, public spending on health care declined by 1.1 percent from 1992 to 1997. This brought the national share of the GDP spent on health care down from 10.2 to 9.2 percent. As one study said, "This absolute decline is unprecedented." (Rachlis et al. 2001, 6) The immediate impact of this was, as noted above, to increase unilateralism. The consensus on both role and process virtually collapsed. The now conventional ability of the federal government to shape the health care system by using its spending power was challenged and remains in question.

Another impact of fiscal retrenchment was to increase the amount of private spending in the system. In the same time period noted above, 1992 to 1997, private spending, principally on drugs, dentistry, and related private sector institutional care, rose by 16.4 percent. (Rachlis et al. 2001, 6) This has an impact on jurisdiction as well. Take drugs as an example. We noted above that the power over patents has meant that the federal government has an enormous impact on health care development and expenditures. These are largely private commercial enterprises whose product is tested, patented, and regulated by the federal government. The period of patent protection is a direct result of international agreements on patent protection. As individuals increasingly pay for their own drugs, these become significant private transactions, unregulated by provincial governments. The same is true of private home care services, like those provided by corporations like the Extendicare Company, an international corporation that provides institutional care to the elderly. The federal government has considerable jurisdictional control

over these services through taxation, and control of interprovincial economic activities. Should the privatization of direct health care delivery continue, the federal government would undoubtedly acquire more jurisdictional influence through the increasing control it will have through its economic jurisdiction over international treaties, patents, etc.

Globalization and Health Care

At its simplest we know that globalization will have a similar impact on health to that in other economic and social areas. It will bring with it access to greater and more complex systems and knowledge, the production of the goods and services for health related activities will probably become global in origin, and the ability for smaller national and sub-national governments to control these international organizations will become increasingly problematic. How, if at all, might this influence jurisdiction in health care? There are many who put forward the "end of territory" thesis, which proposes that through the process of international integration territorial governments will lose real and legal sovereignty to international organizations. In this process, the nation-state will become increasingly irrelevant as social and economic activities are organized on an international basis. By implication, so will sub-national governments.

Most believe that this approach is overly simplistic. The complexity of the interrelationship of social economic and political actions is not as deterministic as this thesis would have us believe. In an excellent article on this subject, Michael Keating points out some of the problems with the end of territory approach.

> ***We need to be careful about the 'end of territory' thesis. One cannot reason directly from functional re-structuring or economic processes to political power and governing institutions, without giving an independent role to politics, a role which varies from one case to another. . . . Yet today, in the face of all of the forces apparently undermining the territorial basis for politics and government, the territorial principle for organizing government is not only surviving but extending. So, as in the past, we are seeing not the end of territory but its transformation and reinvention in new forms. (Keating 1999, 15)***

Keating goes on to note that the new territorial politics will be characterized by four features, competition, context, complexity, and asymmetry. For our discussion of jurisdiction the most important of these are complexity and asymmetry. Complexity means that the link between territory and function, identity, and institutions becomes complicated and variable. In particular, political accountability becomes blurred and innovation is less likely to occur. Asymmetry may also be one of the results of complexity, as the interrelationship of politics and complexity means that "one size" is unlikely to fit all. If we accept the argument of Keating and others, politics and territory will still matter in the future, but in a different and more complex way. Thus the argument of Lazar, that globalization will increase interdependence and blur jurisdictional lines even further in the future is probably correct.

How will governments respond to this blurring and asymmetry and what might be the form of their response? We can quite likely rule out formal constitutional change. Given the history of

constitutional amendment in Canada during the last 20 years, and the continuing strong role of the PQ in Quebec, the possibility of some comprehensive new arrangements is just not "on" as they say.

More probably we will see two contradictory directions, especially in the health care field. First, given the current fiscal arrangements, and the expectation that governments are again going to cut spending, we can expect to see more unilateral moves. What has happened in Alberta and British Columbia in the past few months will probably be replicated in other provinces. This will lead to the possibility that some of these changes might be challenged by the federal government as violations of the CHA. While this is not a certainty, the actions of some provinces make it more of a possibility. Second, if provincial governments proceed with major privatization initiatives the federal government's role through its economic powers over international trade might be enhanced. For example, private hospitals and other institutions might be covered by provisions of NAFTA. Unilateral moves by the federal government could lead to friction, as control over these institutions in different provinces becomes a matter of economic as well as health interest.

Another response, given globalization and the increasing importance of economic powers to the health field, may be that the federal and provincial governments will seek to extend the model of SUFA specifically to the field of health care. A comprehensive federal provincial accord in the field of health, akin to the AIT or the SUFA, would certainly be preferable to formal amendment or continued confrontation. This might allow for some more specific matters to be included in the agreement. Whether or not Quebec could be brought into such an arrangement is problematic to say the least.

Finally, given the economic role of the federal government, there is the possibility that the courts might be used by individuals, companies or governments to "smooth out" complex jurisdictional overlap. Such challenges might arise from particular interest groups or private companies seeking to attain specific goals.

Much depends on how the federal government perceives its role in the field of health in the future. Recent initiatives stemming from September 11 seem to indicate that there is little chance that the federal government will enhance its fiscal role in the field in the near future. If it remains determined to put security, fiscal, and economic objectives ahead of matters like health care, it is likely that there will be further decentralization of control in the field of health. This could raise questions of equity and concern about national standards. Conversely, as noted above, the federal government's economic role, and the increasing complexity stemming from the influence of globalization, might force the federal government to re-evaluate its role and the tools it might use to ensure that it has a role in the future.

We can conclude that the increasingly comprehensive definitions of what constitutes a health matter, together with globalization, privatization, and the reduction of the fiscal role of the federal government will probably cause friction and disorder in health care matters. The result may not be a diminished role for the federal government but a changed one. The shape of that role is not entirely clear, but international agreements will ensure that the role remains important.

IV General Conclusions

This study set out to answer four questions. They were:

- What are the constitutional bases for the federal and provincial roles in the provision of health care in Canada?
- What is the constitutional basis for the exercise of the federal spending power as it relates to health?
- Does the Charter of Rights and Freedoms affect the distribution of jurisdiction with respect to health care and the delivery of health care?
- Insofar as Canadian health policy increasingly involves broader definitions of "health" each year, how might the interrelationship of broader parameters and overlapping jurisdictions affect health care policy and the discharge of responsibilities for the delivery of health care in the future? In particular, how do various jurisdictional responsibilities for economic matters affect health policy?

The answer to the first question has raised some interesting issues. Actual heads of jurisdiction have changed little since the original BNA Act was adopted. However, judicial interpretation of some of those provisions has altered their ambit significantly. During the same period, both orders of government have increased their overall involvement in general social matters, including health care. As a result, although provincial governments have a firm jurisdictional basis for the delivery of health care services, the increasing overlap and expanding scope of services means that the federal government has become a major player in the area.

Given the recent history of constitutional amendment in Canada there is little likelihood of amendments that would either clarify the current heads of power, or add new jurisdiction to the federal or provincial governments. It may be that the courts might reinterpret some existing powers in an effort to remedy a specific problem, but they would be loath to cast a broad net into such a sea of overlapping jurisdiction. As a result, we can anticipate that changes will occur, if at all, by way of practice or agreement.

The answer to our second question has also provided some interesting insights. As noted above, the common conception is that health care is a matter of provincial jurisdiction. We have demonstrated that the actual situation is more complex than that simple understanding. The second common conception is that the federal government is on firm ground using its spending power in the area of health care. Put differently, most agree that health is a matter of provincial jurisdiction, but also agree that the federal government can make transfer payments to provinces for health care purposes and attach conditions to those transfers, even if they appear to invade provincial jurisdiction. Provinces agree to this only because they want to keep federal funding. Although most constitutional experts agree that the federal government can dispose of its property in any way it sees fit, some, like Dale Gibson, think that this power may be on shaky ground.

Since the *Canada Health Act* is the main instrument of federal involvement, it is interesting that Gibson thinks that this Act may be assailable if it is defended solely as an exercise in the disposition of property. He believes that it can be defended under POGG on the "national aspect" dimension. He may or may not be right, but it would be far better if the two orders of government could jointly agree on the principles involved and enshrine it in an agreement that carried with it a mutually agreeable dispute settlement mechanism. Unfortunately, this is unlikely to happen without some agreement on long-term funding.

Question three dealt with the impact of the Charter on jurisdiction in the area of health care. Specifically, does the Charter affect the distribution of jurisdiction with respect to health care in Canada? We interpreted this to mean can the Charter be used to alter jurisdiction in health care. In a formal sense the answer is no. However, the potential to influence or enhance the exercise of jurisdiction is another matter. It is conceivable that the Charter, primarily through Section 6, Mobility Rights, and Section 15, Equality rights, might influence the role of the federal government. The kind of arguments made by Gibson that portability, for example, might be justified under POGG, could certainly be applied to Sections 6 and 15 as well.

Finally, question four asked us to speculate on broadening definitions of health and how that might relate to the economic powers of the federal government. These were broad questions that were only partially addressed in this paper. We concluded that economic powers would play an increasingly important role in health care because of globalization, economic powers like the power over patents, possible privatization, and finally, the important fiscal role that the federal government maintains in the funding of health care.

It is unlikely that there will be formal constitutional change in the area of health care. It is also probable that the courts will tread carefully in this area as well. If there is change needed in the exercise of jurisdiction, it will have to be brought about by political agreement, enshrined in some form of semi-permanent contract or arrangement. However, as one famous baseball person noted, making predictions is difficult, especially about the future.

Notes

1 There are many good texts that discuss this matter. In particular, Smiley cited above, Stevenson, and Meekison, all cited in the bibliography.

2 In particular see Hogg (1988), p. 407-433, for a discussion of the "branch," "gap" and "emergency" explanations of POGG. It would be worth noting as well, that the Supreme Court has had an expanding view of federal legislative power under POGG (see *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*) and has stressed the incapacity of the provinces to regulate effectively in some areas.

3 This is not as clear a federal power as this discussion might indicate.

4 For a good discussion of this see the *Report of the Royal Commission On Aboriginal Peoples, Volume 3,* especially p. 107-177.

5 In the United States, the Supreme Court has given the U.S. Congress virtually unfettered power to implement international treaties in areas of state jurisdiction.

6 Section 132 reads: *The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.*

7 For a discussion of this decision and other related documents, see Howard Leeson and Wilfred Vanderelst (1973). Since 1937, as a result of the Labour Conventions Case, the federal parliament has lacked the ability to legislate obligations under international treaties that fall into areas of provincial jurisdiction. However, recent decisions by the Supreme Court of Canada, such as *Vapour Canada Ltd. [1977] 2 SCR 134* in 1974, *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* in 1988, and *General Motors v. National City Leasing* in 1989 have all indicated that the federal government may be given more latitude under POGG to implement treaties in the future.

8 See Radio and Aeronautics cases, 1930.

9 There are a number of good articles on the events of the 1930s and the impact on Canadian federalism. The most eloquent portrayals of the problem are found in the Rowell-Sirois Commission itself, especially the Saskatchewan submission. Other articles are Martha Fletcher's article "Judicial Review and the Division of Powers," and Bora Laskin, "Reflections on the Canadian Constitution," both in Peter Meekison's *Canadian Federalism: Myth or Reality* (1968). A more recent article by Gerald Baier, entitled "Judicial Review and Canadian Federalism," in the Bakvis/Skogstad volume (2001) is also good.

10 See sections 112, 118, 119, 142, and the Third and Fourth Schedules.

11 Once again there are several good sources for this discussion. In particular Banting (1987; 1998) and Lazar (2000), cited in the Bibliography, have done considerable work on the evolution of the spending power in Canada.

12 In this case, Hogg reveals that he was counsel for the federal government in this matter.

13 In fact, the federal government and nine provinces agreed to a dispute settlement procedure this Spring.

14 Interestingly, a corollary question is also being asked. That is, can the Charter be used to ensure the right to choose private care?

15 We may know more about this when the Supreme Court of Canada decides the Lavigne case from Quebec.

16 Professor Lazar's statement, while broadly true, fails to capture the regional commitment to this state of condition and the role of the federal government. In some provinces like Quebec, or some regions like western Canada, there was more or less commitment at different times.

Bibliography

Angus, D. E. 1992. "A Great Canadian Prescription: Take Two Commissioned Studies and Call Me in the Morning," in *Restructuring Canada's Health System: How Do We Get There From Here?*, edited by R. Deber and G. Thompson. Toronto: University of Toronto Press.

Bakvis, Herman and Grace Skogstad. 2001. *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy.* Don Mills, ON: Oxford University Press.

Banting, K. G. 1987. *The Welfare State and Canadian Federalism,* 2nd ed. Montreal: McGill-Queen's University Press.

____. 1998. "The Past Speaks to the Future: Lessons from the Postwar Social Union," in *The State of the Federation 1997: Non-Constitutional Renewal,* edited by H. Lazar. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University.

Barker, Paul. 1998. "Disentangling the Federation: Social Policy and Fiscal Federalism," in *Challenges to Canadian Federalism*, edited by Martin Westmacotte and Hugh Mellon. Scarborough, ON: Prentice-Hall Canada, Ltd.

Boothe, P. and B. Johnson. 1992. "Stealing the Emperor's Clothes: Deficit Offloading and National Standards in Health Care." *Papers in Political Economy*, no. 28. London, ON: University of Western Ontario.

Canadian Institute for Health Information. 1999. "National Health Expenditure Trends, 1975-1998." Ottawa: CIHI.

____. 2000. *Health Care in Canada: A First Annual Report.* Ottawa: CIHI.

Choudhry, Sujit. 1996. "The Enforcement of the Canada Health Act," *McGill Law Journal* 41.

Courchene, T. J. 1996. "ACCESS: A Convention on the Canadian Economic and Social Systems," working paper prepared for the Ministry of Intergovernmental Affairs, Government of Ontario, Toronto, August.

Deber, R., B. Sharmila, L. Mhatre, and G. R. Baker. 1994. "A Review of Provincial Initiatives," in *Limits to Care: Reforming Canada's Health System in an Age of Restraint*, edited by A. Blomqvist and D. M. Brown. Toronto: C. D. Howe Institute.

Fierlbeck, K. 2001 "Cost Containment in Health Care: The Federal Context." in *The Canadian Social Union: Case Studies from the Health Sector*, edited by H. Lazar and D. Adams. Montreal: McGill-Queen's University Press.

Gibson, Dale. 1996. "The Canada Health Act and the Constitution," *Health Law Journal* 4.

Gray, G. 1991. *Federalism and Health Policy: The Development of Health Systems in Canada and Australia.* Toronto: University of Toronto Press.

Hogg, Peter. 1998. *Constitutional Law in Canada.* Scarborough, ON: Carswell Publishing.

Jackman, Martha. 2000. "Constitutional Jurisdiction over Health in Canada," *Health Law Journal* 95(8).

Keating, Michael. 1999. "Challenges to Federalism: Territory, Function, and Power in a Globalizing World," in *Stretching the Federation*, edited by Robert Young. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, McGill-Queens University Press.

Lazar, Harvey. 2000. "In Search of a New Mission Statement," in *Canada: The State of the Federation 1999/2000*, edited by Harvey Lazar. Kingston, ON: McGill-Queens University Press.

Leeson, Howard and Wilfred Vanderelst. 1973. *External Affairs and Canadian Federalism: the History of a Dilemma*. Toronto: Holt Rinehart & Winston.

Maioni, A. 1998. *Parting at the Crossroads: The Emergence of Health Insurance in the United States and Canada.* Princeton, NJ: Princeton University Press.

____. 1999. "Decentralization in Health Policy: Comments on a Convention on Canadian Economic and Social Systems," in *Stretching the Federation: The Art of the State in Canada*, edited by Robert Young. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University.

Meekison, Peter. 1968. *Canadian Federalism: Myth or Reality*. Toronto: Methuen.

O'Neill, M. A. 1997. "Stepping Forward, Stepping Back? Health Care, the Federal Government and the New Canada Health and Social Transfer," *International Journal of Canadian Studies* 15 (Spring): 169-85.

Phillips, S. D. 1995. "The Canada Health and Social Transfer: Fiscal Federalism in Search of a Vision," in *Canada: The State of the Federation 1995*, edited by D. M. Brown and J. Rose. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University.

Rachlis, Michael, Robert G. Evans, Patrick Lewis, and Morris L. Barer. 2001. *Revitalizing Medicare.* Vancouver: Tommy Douglas Research Institute, January.

Rioux, Dr. Marcia. 1999. "An Appeal to the Charter of Rights and Freedoms," in *Do We Care*, edited by Margaret Sommerville. Montreal: McGill-Queens University Press.

Robinson, I. and R. Simeon. 1994. "The Dynamics of Canadian Federalism," in *Canadian Politics*, 2nd ed, edited by J. Bickerton and A.-G. Gagnon. Peterborough, ON: Broadview Press.

Russell, Peter. H. 1993. *Constitutional Odyssey,* 2nd ed. Toronto: University of Toronto Press.

Simeon, R. 1972. *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*. Toronto: University of Toronto Press.

Smiley, D. V. 1980. *Canada in Question: Federalism in the Eighties*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson.

Smith, M. 1995. "Medicare and Canadian Federalism," in *New Trends in Canadian Federalism*, edited by F. Rocher and M. Smith. Peterborough, ON: Broadview Press.

Stevenson, Garth. 1982. *Unfulfilled Union.* Revised edition. Toronto: Gage Publishing.

Taylor, M. G. 1987. *Health Insurance and Canadian Public Policy: The Seven Decisions that Created the Canadian Health Insurance System and Their Outcomes*, 2nd ed. Montreal: McGill-Queen's University Press.

Tuohy, C. H. 1999. *Accidental Logics: The Dynamics of Change in the Health Care Arena in the United States, Britain and Canada*. New York: Oxford University Press.

Watts, R. L. 1999. *Comparing Federal Systems*, 2nd ed. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University.

Wheare, K. C. 1951. *Federal Government*, 2nd ed. London: Oxford University Press.

Whyte, J. D. and W. R. Lederman. 1977. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths.

Government Documents

Government of Saskatchewan, "Caring for Medicare," *Commission on Medicare*, Ken Fyke, Commissioner. 2001.

Web Sites

Canadian Policy Research Network: www.cprn.com
Health Canada: www.hc-sc.gc.ca
Canadian Institute for Health Information: www.cihi.ca/

Terms

Accessibility: Requires reasonable access unimpeded by financial or other barriers to medically necessary hospital and physician services for residents, and reasonable compensation for both physicians and hospitals.

Comprehensiveness: Requires that all medically necessary services provided by hospitals and doctors be insured.

Portability: Requires that coverage be maintained when a resident moves or travels within Canada or travels outside the country (coverage outside Canada is restricted to the coverage the resident has in his/her own province).

Public administration: Requires that the administration of the insurance plan of a province be carried out on a non-profit basis by a public authority.

Universality: Requires that all residents of the province be entitled to public health insurance coverage.

Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada

Commission on the
Future of Health Care
in Canada

ÉTUDE Nº 12

La compétence constitutionnelle dans le domaine des services et des soins de santé au Canada

par
Howard Leeson, Ph.D.
Université de Regina

août 2002

N° de catalogue CP32-79/12-2002F-IN

ISBN 0-662-87712-8

Bien que les opinions exprimées dans ces études n'engagent que celles du ou des auteurs, toutes ces études furent soumises à un processus indépendant d'examen par des pairs. La Commission tient à remercier l'Institut des services et de politiques de la santé (ISPS) des Instituts de recherche en santé du Canada pour avoir assuré la surveillance et la bonne marche de ce processus d'examen des études par des pairs. La participation des auteurs, des examinateurs et de l'ISPS à la réalisation de ces études constitue un apport important aux travaux de la Commission et contribuera à l'héritage qu'elle laissera.

Le générique masculin sera utilisé uniquement dans le but d'alléger le texte.

Table des matières

Points saillants iv

Sommaire v

Introduction 1

I Les soins de santé et la Constitution 3
Pouvoirs provinciaux 5
Pouvoirs fédéraux 6
Territoires fédéraux 9
Traités internationaux 9
Compétence non attribuée ou ambiguë 10

II La santé et le pouvoir fédéral de dépenser 12

III La *Charte des droits et libertés* et les soins de santé 18
L'interrelation entre les définitions de la santé et la compétence constitutionnelle 20
Définitions de la santé 21
Compression des coûts, fédéralisme et compétences 23
Mondialisation et soins de santé 24

IV Conclusions générales 27

Notes 29

Bibliographie 31

Points saillants

Le présent document examine les diverses questions liées à l'origine et à l'exercice de la compétence constitutionnelle en matière de soins de santé au Canada. Il examine en particulier quatre questions :

- ***Quels sont les fondements constitutionnels des rôles du gouvernement fédéral et des provinces dans la prestation des soins de santé au Canada ?***

  La plupart des gens conviennent que, bien que les gouvernements provinciaux aient de solides bases juridiques pour justifier leurs compétences dans la prestation des services de santé, le chevauchement croissant et l'élargissement de l'éventail des services ont fait du gouvernement fédéral un important joueur dans ce domaine; ils estiment aussi qu'il possède une compétence constitutionnelle pour le faire.

- ***Quels sont les fondements constitutionnels du pouvoir fédéral de dépenser dans le domaine de la santé ?***

  La plupart des gens admettent que la santé est un domaine de compétence provinciale mais aussi que le gouvernement fédéral peut effectuer des paiements de transfert aux provinces à des fins de santé et subordonner ses paiements à des conditions, même quand cela semble constituer une immixtion dans un domaine de compétence provinciale. Certains pensent que ce pouvoir repose peut-être sur des bases peu solides.

- ***La Charte des droits et libertés influence-t-elle la répartition des compétences en ce qui a trait aux soins de santé et à la prestation des soins de santé ?***

  Dans un sens formel, la réponse est non. Toutefois, la possibilité d'influencer ou d'améliorer l'exercice de la compétence est une autre question. Il est concevable que la *Charte* puisse influencer le rôle du gouvernement fédéral.

- ***Dans la mesure où la politique canadienne en matière de santé s'inspire de définitions de plus en plus larges de la « santé », comment l'interrelation de paramètres plus larges et de compétences qui se chevauchent pourra-t-elle affecter la politique en matière de soins de santé à l'avenir ?***

  L'étude conclut que les pouvoirs économiques joueront un rôle de plus en plus grand dans le domaine des soins de santé, en raison de la mondialisation, de pouvoirs économiques comme la compétence sur les brevets, de possibles privatisations et, finalement, de l'important rôle budgétaire que continue de jouer le gouvernement fédéral dans le financement des soins de santé.

Sommaire

Le présent document examine les diverses questions liées à l'origine et à l'exercice de la compétence constitutionnelle en matière de soins de santé au Canada. Il examine en particulier quatre questions :

Quels sont les fondements constitutionnels des rôles du gouvernement fédéral et des provinces dans la prestation des soins de santé au Canada ? La réponse à cette question soulève quelques problèmes intéressants. Les chefs de compétence effectifs n'ont guère changé depuis l'adoption de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Toutefois, l'interprétation judiciaire de certaines des dispositions en a modifié profondément la portée. Durant la même période, les deux ordres de gouvernement ont accru leur intervention dans les questions sociales générales, notamment les soins de santé. Par conséquent, bien que les gouvernements provinciaux aient de solides bases juridiques pour justifier leurs compétences dans la prestation des services de santé, le chevauchement croissant et l'élargissement de l'éventail des services ont fait du gouvernement fédéral un important joueur dans ce domaine.

Étant donné l'histoire récente des amendements constitutionnels au Canada, il n'est guère probable que s'effectuent des amendements qui clarifieraient les chefs de compétence actuels ou ajouteraient de nouvelles compétences à celles du gouvernement fédéral ou des provinces. Il se pourrait que les tribunaux aient à interpréter de nouveau certains pouvoirs existants en vue de régler un problème spécifique, mais ils seraient peu disposés à lancer un large filet dans une mer de compétences qui se chevauchent. Par conséquent, nous prévoyons que, le cas échéant, des changements se produiront par le biais de la pratique ou d'ententes entre les parties.

Quels sont les fondements constitutionnels du pouvoir fédéral de dépenser dans le domaine de la santé ? La réponse à cette question permet également de dégager quelques idées intéressantes. La conception courante est que les soins de santé sont un domaine de compétence provinciale. La situation est en réalité plus complexe. Selon la deuxième conception courante, le gouvernement fédéral est bien fondé d'utiliser son pouvoir de dépenser dans le domaine des soins de santé. En d'autres termes, la plupart des gens admettent que la santé est un domaine de compétence provinciale mais aussi que le gouvernement fédéral peut effectuer des paiements de transfert aux provinces à des fins de santé et subordonner ses paiements à des conditions, même quand cela semble constituer une immixtion dans un domaine de compétence provinciale. Les provinces acceptent cela seulement parce qu'elles veulent conserver le financement fédéral. Bien que la plupart des constitutionnalistes conviennent que le gouvernement fédéral peut disposer de ses biens de la manière qu'il juge appropriée, certains, comme Dale Gibson, pensent que ce pouvoir repose peut-être sur des bases peu solides.

Comme la *Loi canadienne sur la santé* est le principal instrument de participation du gouvernement fédéral, il est intéressant que Gibson pense que cette loi puisse être harcelée si elle est défendue seulement comme un exercice d'aliénation de biens. Il estime qu'elle peut être défendue au nom de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement sur la base de sa dimension nationale. Gibson peut avoir raison ou non, mais il serait de loin préférable que les deux ordres de gouvernement conviennent des principes en cause et enchâssent cette idée dans une entente qui comporterait également un mécanisme mutuellement accepté de règlement

des différends. Il reste à voir si la récente Entente-cadre sur l'union sociale pourra régler ce problème.

La Charte des droits et libertés influence-t-elle la répartition des compétences en ce qui a trait aux soins de santé et à la prestation des soins de santé ? Cette question traite de l'incidence de la *Charte* sur la compétence dans le domaine des soins de santé. Spécifiquement, est-ce que la *Charte* influence le partage des compétences en ce qui a trait aux soins de santé au Canada ? Selon l'interprétation donnée dans l'étude, cette question correspond à celle de savoir si la *Charte* peut être utilisée pour modifier la compétence dans le domaine de la santé. Dans un sens formel, la réponse est NON. Toutefois, la possibilité d'influencer ou d'améliorer l'exercice de la compétence est une autre question. Il est concevable que la *Charte*, principalement par son article 6, Liberté de circulation, et son article 15, Égalité des droits, puisse influencer le rôle du gouvernement fédéral. Le type d'arguments présentés par Gibson, et selon lequel la transférabilité, par exemple, pourrait être justifiée en vertu de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement, pourrait certainement s'appliquer également aux articles 6 et 15.

Dans la mesure où, chaque année, la politique canadienne en matière de santé s'inspire de définitions de plus en plus larges de la « santé », comment l'interrelation de paramètres plus larges et de compétences qui se chevauchent pourra-t-elle affecter la politique en matière de soins de santé et l'exécution par le gouvernement de ses responsabilités dans la prestation de soins de santé à l'avenir ? Cette question nous invite à spéculer sur l'élargissement des définitions de la santé et sur l'incidence que cela pourrait avoir sur les pouvoirs économiques du gouvernement fédéral. Il s'agit là de larges questions qui n'ont été que partiellement abordées dans cette étude. Celle-ci conclut que les pouvoirs économiques joueront un rôle de plus en plus grand dans le domaine des soins de santé, en raison de la mondialisation, de la compétence sur les brevets, des possibles privatisations et finalement de l'important rôle budgétaire que continue de jouer le gouvernement fédéral dans le financement des soins de santé.

Selon la conclusion générale de l'étude, des amendements constitutionnels importants dans le domaine des soins de santé sont improbables. Il est possible aussi que les tribunaux avancent avec précaution dans ce domaine. Si des changements doivent être apportés dans l'exercice des compétences, cela se fera probablement par la voie d'une entente politique, qui sera enchâssée dans une certaine forme de contrat ou d'entente semi-permanente.

Introduction

Le présent document examine les diverses questions liées à l'origine et à l'exercice de la compétence constitutionnelle en matière de soins de santé au Canada. Il examine en particulier quatre questions présentant une grande importance pour l'avenir des soins de santé financés à même les fonds publics. Ces questions sont les suivantes :

- Quels sont les fondements constitutionnels des rôles du gouvernement fédéral et des provinces dans la prestation des soins de santé au Canada ?

- Quels sont les fondements constitutionnels de l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans le domaine de la santé ?

- La *Charte des droits et libertés* influence-t-elle la répartition des compétences en ce qui a trait aux soins de santé et à la prestation des soins de santé ?

- Dans la mesure où, chaque année, la politique canadienne en matière de santé s'inspire de définitions de plus en plus larges de la « santé », comment l'interrelation de paramètres plus larges et de compétences qui se chevauchent pourra-t-elle affecter la politique en matière de soins de santé et l'exécution par le gouvernement de ses responsabilités dans la prestation de soins de santé à l'avenir ? En particulier, comment les responsabilités des divers secteurs de compétence en matière économique influencent-elles la politique en matière de santé ?

Pour répondre à ces questions, le présent document a été divisé en quatre parties. La première partie retrace l'évolution historique de la compétence constitutionnelle en matière de soins de santé au Canada. Cette évolution a été caractérisée par deux tendances à long terme. Premièrement, d'importants chefs de compétence qui ont peut-être eu une grande pertinence dans la prestation des soins de santé ont pris des sens différents de ceux prévus en 1867. Cela a été dans une large mesure une conséquence de l'interprétation judiciaire. Deuxièmement, l'exercice des compétences fédérale et provinciale a profondément changé par suite de l'évolution des conceptions relatives au rôle de l'État durant la période comprise entre 1867 et 2002. En dépit de cette complexité, il existe un ensemble distinct de jurisprudence et de conventions qui nous guideront dans l'examen de la situation présente.

La deuxième partie du document examine spécifiquement le pouvoir fédéral de dépenser et son incidence sur l'évolution de la politique en matière de santé et la prestation de soins de santé au Canada. C'est sur le pouvoir fédéral de dépenser que repose la plus grande partie de la participation fédérale au secteur stratégique du filet de sécurité sociale au Canada. La capacité de donner ou de retenir le financement destiné à des programmes spécifiques a été un puissant facteur dans le façonnement de tous les domaines de la politique sociale. Au chapitre des soins de santé, elle se trouve à la base de la *Loi canadienne sur la santé (LCS)*, qui vise à établir des « normes nationales » pour l'assurance-santé.

La troisième partie traite de l'une des questions les plus importantes qui ont été soulevées dans ce débat, à savoir l'impact, le cas échéant, de la *Charte des droits et libertés* (la *Charte*) sur la question de la prestation des services de santé. Dans ce domaine, la discussion a en général

tourné autour du droit à l'égalité dans la prestation des soins. Plus spécifiquement, les citoyens ont-ils, au regard des soins de santé, un certain « droit garanti par la *Charte* » ? Jusqu'ici, les tribunaux se sont opposés aux interprétations du droit à l'égalité qui garantiraient l'égalité de conditions comme un droit public, mais ils n'ont pas toléré de traitement discriminatoire des individus ou des groupes dans la prestation des soins. De même, ils ont refusé d'utiliser le lieu de résidence comme argument de base pour insister sur l'égalité des conditions ou des services. Toutefois, le droit évolue dans ce domaine. Le présent document traite toutefois d'une question plus précise : la *Charte* affecte-t-elle la compétence en matière de soins de santé au Canada ? La réponse à cette question est plus facile à trouver.

Enfin, et ce qui est le plus intéressant, la définition de ce qui constitue une question de « santé » continue de s'élargir. Tandis qu'il y a 30 ans, on considérait en général les questions de santé en fonction d'un traitement dans lequel intervenaient un médecin et un hôpital, aujourd'hui on les aborde dans une perspective très différente. Parmi les déterminants de la santé, on trouve maintenant des éléments comme les facteurs génétiques, le mode de vie, le statut social et économique, les conditions de travail et le milieu environnant et même la race ou le sexe. Les implications constitutionnelles d'une large définition de ce type sont examinées dans cette partie du document. Certes, il peut être utile de classer les politiques par catégorie, mais le mode de partage des pouvoirs constitutionnels ne permet pas d'effectuer des classifications de ce genre sans créer certains problèmes.

Nous résumons dans la conclusion les résultats de notre examen, à la fois en termes descriptifs et analytiques. Nous y formulons également certaines suggestions sur les interprétations constitutionnelles et les orientations qui pourraient aider à façonner la politique à appliquer à l'avenir dans ce domaine.

I Les soins de santé et la Constitution

Tout examen des pouvoirs constitutionnels dans le domaine des soins de santé au Canada doit commencer par la reconnaissance de quelques notions importantes. Premièrement, les « soins de santé » ne sont pas un chef de compétence dans la constitution canadienne au même titre que les opérations bancaires, les bouées ou l'île de Sable. Selon la perception courante, les soins de santé relèvent de la compétence des provinces. Une telle conception est au mieux trompeuse. Comme l'a écrit Peter Hogg, un des plus éminents constitutionnalistes du Canada :

> ***La santé n'est pas un domaine distinct assigné par la constitution canadienne exclusivement à un ordre de gouvernement. Comme l'inflation et l'environnement, la santé est un sujet « amorphe » qui a été partagé entre le Parlement fédéral ou les assemblées législatives provinciales selon le but ou l'effet de la mesure particulière en cause sur le plan de la santé (Hogg, 1998, p. 445).***

D'où vient donc la perception selon laquelle les provinces ont une compétence exclusive dans cet important domaine social ? Le malentendu vient en partie du fait que le paragraphe 92.7 accorde aux provinces un droit de contrôle exclusif sur les hôpitaux et les institutions psychiatriques. En ce qui concerne les soins de santé, ils étaient considérés en 1867 en termes de maladie et d'hôpitaux. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

Le deuxième point important à considérer concerne l'évolution du système fédéral au Canada. Plus précisément, l'exercice de divers pouvoirs constitutionnels par le gouvernement fédéral et les provinces au Canada a été profondément modifié par deux événements importants. Le premier a été la participation croissante de l'État dans la vie de tous les Canadiens, le deuxième, la manière dont l'interprétation judiciaire et l'usage traditionnel ont modifié les intentions premières des rédacteurs de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Pour commencer avec le second point, nous dirons qu'il est important pour les fins de notre discussion de bien comprendre que le pouvoir exclusif des provinces dans le domaine des soins de santé, qui est devenu si important au Canada, n'aurait pas pu être prévu par les « pères de la Confédération ». Comme l'a souligné Donald Smiley :

> ***Le compromis de 1867 envisageait un système fédéral centralisé. La plupart des fonctions qui étaient considérées comme des fonctions importantes du gouvernement ont été confiées au Dominion (Smiley, 1980, p. 19).***

En ce qui a trait au partage des pouvoirs, un grand nombre de chefs de compétence fédéraux considérés comme importants en 1867 ont été par la suite restreints par l'interprétation judiciaire. À cet égard, les meilleurs exemples sont le pouvoir général (la disposition relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement) et la compétence en matière de commerce. Par contre, des chefs de compétence spécifiques ont reçu une interprétation plus large qui visait à étendre le rôle et la compétence des provinces. Cela s'est produit en particulier avec l'interprétation du paragraphe 92.13 (la propriété et les droits civils). Par les décisions rendues sur des appels, principalement durant la période allant de 1892 à 1930, le Conseil privé de Grande-Bretagne a en fait converti le paragraphe 92.13 en une large disposition résiduelle provinciale[1]. Faute de temps, le présent document ne peut examiner le rôle de l'interprétation judiciaire dans l'évolution constitutionnelle

au Canada. Il est toutefois important de souligner qu'on est fondé de prévoir un tel processus d'interprétation lorsque les articles de la *Loi constitutionnelle* sont ambigus ou se prêtent à une large interprétation. Lederman et Whyte posent très bien ce dilemme dans leurs ouvrages de référence sur le droit constitutionnel au Canada :

> ***Le danger est que certaines catégories des pouvoirs du gouvernement fédéral et des provinces peuvent être définies de façon à avoir des sens très larges. Si un de ces concepts de pouvoir fédéral devait recevoir un sens très élargi ainsi qu'une priorité sur un concept provincial concurrent, le pouvoir fédéral parviendrait presque à éliminer le pouvoir provincial. L'inverse pourrait se produire tout aussi facilement, le pouvoir fédéral faisant l'objet d'une éclipse virtuelle (Whyte et Lederman, 1977, p. 4-10).***

Ainsi, il n'est pas seulement important de comprendre les chefs de compétence effectifs en ce qui a trait aux soins de santé mais aussi les liens d'interdépendance qu'ils entretiennent avec d'autres chefs de compétence, les changements qu'ils ont subis, ainsi que les motifs de ces changements.

Cette observation nous amène à la deuxième question soulevée par le point à l'étude. Les rôles du gouvernement fédéral et des provinces et l'exercice de leurs compétences ont évolué avec l'évolution des conceptions relatives au rôle du gouvernement dans la société. En 1867, dans de nombreux domaines comme l'éducation, les soins de santé, les obligations familiales et leur suivi, ainsi que la plupart des services que nous considérons maintenant comme des services sociaux étaient tous considérés comme des questions de caractère privé ou religieux ou du domaine de la bienfaisance. Dans la mesure où ces services n'existaient pas, on ne pensait pas en général qu'ils faisaient partie des responsabilités de l'État, sauf de manière très limitée sur le plan de la réglementation. Les conceptions et les attentes relatives au rôle de l'État dans ce domaine ont profondément changé au XX^{e} siècle, en particulier après la crise des années 30. Les Canadiens ont alors demandé que l'État garantisse la prestation d'un grand nombre de services sociaux de base en confiant la responsabilité au gouvernement. C'est ainsi que s'est posée la question de savoir lequel des ordres de gouvernement, le fédéral ou les provinces, assumerait la responsabilité de ces services et, parallèlement, quelle serait la relation entre les deux. Comme Bakvis et Skogstad l'ont souligné dans leur récent livre sur le fédéralisme, cela a donné lieu à une période fort intéressante :

> ***En dépit des relations parfois orageuses entre les ordres de gouvernement et en dépit de son haut degré de centralisation, la fédération canadienne est parvenue à surmonter divers grands défis sur le plan des politiques. Au nombre de ces défis, on trouve la mise en place du filet de sécurité sociale de l'après-guerre, notamment l'assurance-santé [. . .] (Bakvis et Skogstad, 2001, p. 4).***

Les questions les plus cruciales concernent la capacité et les pouvoirs. La leçon de la crise des années 30 a été que les provinces détenaient la compétence dans les questions comme le chômage, les pensions et les services sociaux, mais n'avaient pas la capacité fiscale nécessaire pour faire face à ces problèmes. Par contre, le gouvernement fédéral possédait tous les pouvoirs de taxation et la capacité fiscale, mais pas la compétence constitutionnelle dans les domaines coûteux du bien-être social. Cette situation donna lieu à d'intenses pressions exercées par les Canadiens pour porter le gouvernement fédéral à entrer dans des champs de compétence provinciale. Certaines provinces ont résisté à cette pression, mais elles ont engagé une bataille qu'elles ont perdue :

> ***On observa alors un sentiment politique dont la vague de plus en plus forte prit la direction inverse. Des années 30 à la fin des années 50, la vision centralisatrice a été la principale force d'impulsion dynamique dans la politique constitutionnelle au Canada. Le centralisme n'a jamais été aussi fort que durant ce quart de siècle (Russell, 1993, p. 62).***

En général, cette centralisation ne donna pas lieu à des amendements constitutionnels spécifiques. Le gouvernement fédéral trouva plutôt des moyens d'intervenir principalement, comme nous le verrons plus loin, en utilisant son pouvoir de dépenser. Le désir des Canadiens de recevoir des services sociaux servit à légitimer l'immixtion du gouvernement fédéral dans des champs qui étaient considérés jusque-là comme relevant de la compétence des provinces. Il s'agit là d'un point important. Aucun gouvernement fédéral ne pouvait refuser cette chance de s'approprier le crédit politique d'avoir assuré que le pays ne retournerait pas à la période de privations des années 30. Le petit problème de compétence pouvait être négligé dans ces circonstances. Ainsi, avec la complexité et l'expansion de plus en plus grande de la prestation des soins de santé, les impératifs politiques cruciaux portèrent les deux ordres de gouvernement à s'engager profondément dans ce domaine.

Maintenant que nous avons reconstitué la toile de fond, nous pouvons examiner les chefs de compétence constitutionnelle en jeu dans les questions de soins de santé.

Pouvoirs provinciaux

92.7 – *La création, l'entretien et la gestion d'hôpitaux, d'asiles, d'institutions ou établissements de bienfaisance dans les limites et pour les besoins de la province, à l'exclusion des hôpitaux maritimes.*

Cet article constitue une des sources principales de la compétence provinciale dans le domaine des soins de santé. Par voie de conséquence, la réglementation du personnel et les fonctions associées à ces institutions élargissent le cadre de la compétence. Au début, ces institutions étaient contrôlées par des groupes privés et religieux. Le fait que la plupart d'entre elles appartiennent maintenant au gouvernement fait également de leur contrôle une question relevant des droits de propriété du gouvernement. Il y a lieu de noter ici quelques exceptions notables. À cet égard, il faut citer en premier lieu les hôpitaux maritimes, qui sont explicitement mentionnés au paragraphe 91.11, ainsi que les hôpitaux et les soins prodigués dans les établissements des territoires fédéraux et de la défense.

92.10 – *Autres travaux et entreprises*

Cet article pourrait être utilisé pour appuyer le contrôle des provinces, car la majorité des hôpitaux ne font pas partie des entreprises interprovinciales. Toutefois, un grand nombre d'établissements de soins de santé, tels que les foyers de soins infirmiers, ont à la fois un caractère privé et national et pourraient être régis par des règlements fédéraux par le biais d'une législation sur la concurrence ou parce qu'elles sont des entreprises économiques non visées par des traités comme l'ALENA.

92.13 – *La propriété et les droits civils*

Indépendamment du fait que cet article a été largement contesté dans le processus d'interprétation judiciaire, c'est sur lui que se fondent les provinces pour réglementer les relations de travail et les professions qui interviennent dans le domaine des soins de santé.

92.16 – *D'une façon générale, toutes les matières à caractère purement local ou privé dans la province*

Ce paragraphe est semblable au paragraphe 92.10, mais porte également sur des questions privées. Cela allait encourager les gouvernements provinciaux à réglementer les organismes religieux de prestation de soins de santé.

93 – *La législature de chaque province [...] compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation*

Cet article permet aux provinces de réglementer l'éducation et la formation de tout le personnel de prestation des soins de santé. Il leur permet, conjointement avec le paragraphe 92.13, d'établir des professions autoréglementées et des procédures d'inscription dans ce domaine.

95 – *La législature de chaque province peut légiférer en matière [...] d'immigration*

Il s'agit là de pouvoirs qui entrent en concurrence avec ceux du gouvernement fédéral et il est possible que les lois provinciales ne soient pas à cet égard « inconciliables » avec les lois fédérales. L'immigration a joué un rôle important dans certaines provinces qui ont essayé de faire face au manque de personnel affecté à la prestation de soins de santé à domicile en recourant à des immigrants.

Tels sont les principaux pouvoirs constitutionnels des provinces en matière de soins de santé. Ces pouvoirs sont complétés par le pouvoir général sur les terres et autres avoirs des provinces, ainsi que sur leur pouvoir de taxation.

Pouvoirs fédéraux

Article 91 – Les plus importants pouvoirs conférés dans le présent article ont été les chefs de compétence énumérés précédemment et que nous examinons ci-après. Il convient de noter toutefois que le pouvoir résiduel ou général demeure. Bien que la portée de cet article ait été limitée par l'interprétation judiciaire durant la période allant jusqu'en 1930, certains estiment que l'article pourrait encore être important à l'avenir. De fait, la Cour suprême a déclaré à plusieurs reprises qu'il demeure une puissante source possible du pouvoir fédéral[2]. Les exemples les plus souvent cités de l'« intérêt national » portent d'habitude sur les questions de santé :

> ***Il y a toutefois des cas où l'uniformité de la loi d'un bout à l'autre du pays n'est pas seulement désirable mais essentielle, en ce sens que le problème est au-delà de la compétence des***

> ***provinces [...] La cause souvent citée d'une épidémie de peste est un bon exemple. Le fait qu'une province ne prenne pas de mesures préventives pourrait probablement entraîner la propagation de la maladie dans les provinces qui auraient pris de telles mesures (Hogg, 1998, p. 415).***

Les événements survenus après le 11 septembre 2001 et les attaques perpétrées aux États-Unis ont amené le gouvernement national à envisager l'adoption de mesures de santé visant à combattre le déclenchement de maladies mortelles comme la variole. De même, le gouvernement fédéral a constitué un stock de médicaments nécessaires pour faire face à des problèmes comme l'expédition par la poste d'enveloppes contenant des spores bactériennes de charbon. Personne ne pourrait contester le fait qu'il s'agit là de mesures de santé, mais elles sont inspirées par des préoccupations de sécurité et de défense nationale.

91.2 – *La réglementation des échanges et du commerce*

Ce chef de compétence a été considéré en 1867 comme un des plus importants. Compte tenu des attentes économiques associées à la Confédération et du rôle anticipé du gouvernement fédéral dans ce domaine, il s'agissait d'une attente raisonnable. Toutefois, l'examen judiciaire de cet article en relation avec le paragraphe 92.13 a conduit à la diminution de la compétence fédérale dans le domaine du commerce. Le présent document ne pourra, faute de temps, explorer pleinement les amendements constitutionnels et les débats qu'entraîne cette question. Il y a toutefois un aspect crucial à considérer : la réglementation des échanges internationaux.

En quoi cette question se rattache-t-elle aux soins de santé et à la prestation des soins de santé ? Elle s'y rattache en ce sens qu'elle concerne principalement la production et les échanges de biens et services liés aux soins de santé. La plupart des produits liés à la prestation des soins de santé, tels que les machines, les médicaments, les outils et la construction des installations, sont fabriqués dans le secteur privé. Assez souvent, ils sont importés. Leur traitement ne diffère en aucune façon de celui des autres marchandises produites ou échangées avec l'étranger. De même, un grand nombre de services liés à la prestation de soins de santé tels que les programmes de formation sont assurés par le secteur privé, mais les manuels et les procédures sont souvent élaborés dans d'autres pays et vendus au Canada. En résumé, la dimension économique des soins de santé est à la fois internationale et sujette à la réglementation du gouvernement fédéral.

Cela est particulièrement vrai des accords généraux internationaux. Des accords comme l'ALENA contiennent des règlements d'ordre général relatifs au commerce et aux pratiques commerciales, bien que leur mise en œuvre puisse entraîner un empiétement dans un champ de compétence provinciale. Par conséquent, les accords commerciaux internationaux peuvent engendrer des obligations dans le domaine de la santé, même si la prestation de soins de santé est dans une large mesure une compétence provinciale[3]. Nous examinerons cette question d'une façon plus poussée un peu plus loin dans notre étude.

91.9 – *Les balises, bouées, phares; l'île de Sable*

Étant donné que le gouvernement fédéral a reçu une compétence exclusive sur l'île de Sable, toutes les questions liées aux soins de santé dans cette île sont de compétence fédérale.

91.11 – *La quarantaine, la création et l'entretien des hôpitaux maritimes*

Le gouvernement fédéral a une compétence exclusive sur les hôpitaux maritimes au Canada. De même, il dispose du pouvoir de quarantaine relatif aux problèmes de santé.

91.22 – *Les brevets d'invention*

Cette compétence a un impact considérable sur les soins de santé au Canada. Les brevets permettent aux personnes physiques ou morales de réclamer le droit exclusif de fabriquer des produits à partir d'une « invention » et d'en tirer un profit. Cela est particulièrement important au regard des médicaments, qui sont maintenant utilisés sur grande échelle dans la prévention et le traitement des maladies. Le coût de ces médicaments a augmenté de façon spectaculaire au cours des deux dernières décennies, en partie parce que le Canada ainsi que d'autres gouvernements des pays développés ont prolongé la durée de la protection accordée par les brevets. Au Canada, cette période a été portée de 7 à 21 ans. Cela a eu pour effet d'empêcher les fabricants de produits génériques de fournir des copies moins coûteuses de produits brevetés, d'habitude jusqu'à ce que leur efficacité ait été dépassée par celle de médicaments brevetés plus récents.

91.24 – *Les Indiens et les terres réservées aux Indiens*

À l'origine, cette compétence touchait toutes les questions de santé concernant les « Indiens » (non compris les Métis, dans la plupart des cas). Ce n'est plus le cas maintenant. La question des soins de santé et de la prestation de services de santé aux « Indiens » fait l'objet de négociations continuelles entre le gouvernement fédéral, les provinces et les Premières nations. Les Premières nations en général veulent assurer la prestation de leurs propres soins de santé toutes les fois que cela est possible. Toutefois, elles estiment que le gouvernement fédéral est tenu d'assumer le coût de ces soins en vertu des obligations découlant des traités. Pour sa part, le gouvernement fédéral a maintenant restreint son rôle fiscal auprès des peuples des Premières nations vivant dans des réserves. Les gouvernements provinciaux, quant à eux, assument depuis quelque temps, à contrecoeur, le coût des soins de santé dispensés aux Autochtones vivant à l'extérieur des réserves[4].

91.27 – *Le droit criminel*

La compétence dans le domaine du droit criminel est intimement liée aux questions de santé. En se prévalant du pouvoir qu'il a de qualifier quelque chose de crime, le gouvernement fédéral est habilité à restreindre ou à étendre un grand nombre d'activités relevant du domaine de la santé. Voici quelques exemples actuels illustrant ce point : la criminalisation ou la décriminilisation de pratiques comme l'avortement, le clonage, la recherche génétique sur les embryons et les banques de spermes. De même, l'utilisation de certains aliments et médicaments peut être illégale ou limitée. Par exemple, la marijuana peut être utilisée à des fins thérapeutiques de même qu'à des fins récréatives. Si elle est qualifiée d'illégale, sa consommation à des fins thérapeutiques s'en trouvera limitée.

92.10.c) – *Les ouvrages [...] déclarés [...] d'intérêt général*

Le pouvoir fédéral dans ce domaine découle de la déclaration qu'il fait d'un « ouvrage ». Ainsi, dans un domaine comme celui de l'uranium, le gouvernement fédéral en vient à assumer la responsabilité des relations de travail, de la sécurité au travail et des questions de santé, qui toutes relèveraient normalement de la compétence des provinces. Ainsi, s'il y avait une volonté politique, le Parlement pourrait déclarer tout hôpital ou groupe d'hôpitaux un ouvrage dans l'intérêt général du Canada.

Territoires fédéraux

Le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut relèvent en dernière instance de la compétence fédérale, car leur propre compétence a été déléguée par le Parlement. Bien que ces trois territoires aient divers organes législatifs et qu'ils aient conclu des traités qui régissent la prestation des services de santé, c'est le gouvernement fédéral qui est en dernière instance investi du pouvoir constitutionnel dans ces régions.

Traités internationaux

Il est possible que le gouvernement fédéral s'immisce dans des champs de compétence provinciale ou fasse obstacle à cette compétence en utilisant son pouvoir de conclure des traités internationaux. Dans d'autres pays fédéraux, il n'existe pratiquement pas de limite à ce pouvoir[5]. Au Canada, la situation est un peu plus complexe. Le pouvoir constitutionnel de conclure des traités faisait au début l'objet de l'article 132 de *l'Acte constitutionnel*. Cet article habilitait le Parlement fédéral à mettre en œuvre des traités signés au nom de l'Empire[6]. Toutefois, dans un arrêt faisant jurisprudence rendu en 1937, le Comité judiciaire du Conseil privé a déclaré cet article caduc, car les traités avaient cessé d'être des traités de l'Empire. Il rejeta alors l'idée que le Parlement fédéral avait automatiquement, en vertu de l'article 91, le droit d'empiéter dans des domaines de compétence provinciale pour mettre en œuvre des dispositions de traités internationaux. La capacité du Canada de conclure des traités s'en trouva ainsi amoindrie. En termes simples, cela signifie que, si le gouvernement fédéral conclut un traité dans un domaine de compétence provinciale, il incombera à l'assemblée législative provinciale concernée de mettre en œuvre les dispositions de ce traité sur le territoire relevant de sa compétence. Elle peut le faire ou ne pas le faire. Depuis 1937, la Cour suprême du Canada a « émoussé » les tranchants de cette décision, mais elle ne l'a jamais renversée[7].

Cela signifie que les traités économiques tels que l'ALE et l'ALENA, qui ont de toute évidence des implications pour les soins de santé, n'ont pas encore été mis à l'épreuve. Il se pourrait bien que la Cour suprême juge que le pouvoir exercé par le gouvernement fédéral dans le domaine des traités internationaux puisse enfreindre au passage la compétence provinciale dans la prestation des soins de santé. Ce point serait particulièrement pertinent dans la question des hôpitaux du secteur privé, etc.

La liste des pouvoirs spécifiques que nous venons de dresser ainsi que l'examen qui en a été fait ne sont guère exhaustifs. Toutefois, ils touchent la plupart des grands chefs de compétence pertinents. Les domaines ambigus ou qui se chevauchent font aussi partie du champ de la présente étude.

Compétence non attribuée ou ambiguë

Comme cela se produit dans tout document constitutionnel, les pouvoirs confiés au gouvernement à un moment donné deviennent souvent redondants ou inapplicables à un autre moment. Cela a été particulièrement vrai au Canada au siècle dernier, car les rôles sociaux et politiques du gouvernement fédéral et des provinces ont subi des transformations spectaculaires. Parfois, cette ambiguïté a été directement corrigée par des décisions judiciaires ou des amendements constitutionnels. Par exemple, ni la radio ni l'avion n'étaient pris en considération en 1867. La question de la réglementation de ces appareils et des activités qui y sont associées s'est posée au début du XX^{e} siècle. Les tribunaux ont réglé ces questions en 1930, en assignant la compétence dans ces deux domaines au gouvernement fédéral canadien[8]. En 1867, personne n'avait envisagé la nécessité d'un système national d'assurance-chômage, mais la crise sauvage des années 30 en a fait une nécessité sociale. Pour régler ce problème, le Parlement a assigné cette compétence au gouvernement fédéral en amendant en 1940 *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Cela s'est produit également pour les pensions en 1951, quoique les gouvernements provinciaux aient retenu un rôle de premier plan dans cette affaire[9].

Toutefois, toutes les causes n'ont pas été faciles à ranger dans une catégorie donnée. Dans certains cas, les législatures fédérale et provinciales ont des préoccupations légitimes et pressantes. La question de l'environnement en est un bon exemple. Tant le Parlement canadien que les assemblées législatives provinciales ont traité des questions de l'environnement quand ils l'ont jugé nécessaire. Cela tient au fait que les questions « environnementales » ne peuvent pas être classées facilement. Elles touchent à un certain nombre de chefs de compétence. Par exemple, la pollution de l'air peut être considérée comme un sujet qui touche aux ressources naturelles dans le cas de l'exploitation d'une mine, de même que la pollution de l'eau peut être une question relevant de la pêche dans le cas où elle concerne le déversement d'un cours d'eau dans l'océan. La question peut relever de la compétence municipale si elle concerne un lac, de la compétence fédérale si elle concerne des cours d'eau intérieurs ou elle peut être une question internationale s'il s'agit des Grands Lacs. Le type de question, son ampleur et le moment où elle se pose ont également une incidence sur l'exercice de la compétence. Enfin, la dimension politique entre aussi dans l'équation. Du point de vue politique, il peut être souhaitable pour un ordre gouvernement ou un autre d'être considéré à un moment donné comme faisant quelque chose pour régler une question ou un problème particulier. L'environnement est un exemple. Les communications, la propriété intellectuelle et certaines autres questions du genre peuvent être considérées comme des questions de ce type.

Plus importantes peut-être sont les questions qui exigent que le gouvernement fédéral et les provinces coordonnent leurs compétences pour traiter d'une question particulière. Par exemple, dans le domaine de l'inflation, les pouvoirs fondamentaux sont d'ordre fédéral, mais l'exercice de la compétence provinciale au regard des dépenses et des emprunts est très important. Dans

une société moderne, complexe et interreliée, il est presque impossible d'avoir un cloisonnement étanche entre les compétences. Cela est certainement le cas en ce qui concerne les soins de santé et la prestation des services de santé. Même si l'on fait abstraction de l'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral, question que nous abordons ci-après, les soins de santé constituent un domaine où la coordination constitutionnelle est obligatoire. Par conséquent, s'il est utile de connaître les domaines spécifiques de compétence, cette connaissance seule ne donne aucune idée de l'exercice effectif des pouvoirs par les deux ordres de gouvernement. D'autres questions, comme on le verra plus loin, acquièrent une importance aussi grande.

II La santé et le pouvoir fédéral de dépenser

Pour les fins de la présente étude, nous ferons l'hypothèse que le lecteur connaît déjà en grande partie l'historique de cette question et ses aspects particuliers. Les éléments d'importance capitale tournent autour de la question de l'utilisation (ou de la non-utilisation) par le gouvernement fédéral de sa capacité d'obtenir et de dépenser des recettes au Canada et de l'incidence que cela exerce sur les législatures et les gouvernements des provinces.

Pour traiter ce sujet avec précision, nous devons commencer par donner une certaine définition à l'expression « pouvoir de dépenser ». Un gouvernement peut utiliser de différentes façons son « pouvoir de dépenser ». La principale et la plus évidente utilisation du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral concerne l'affectation de fonds à des projets et services à l'intérieur de la compétence fédérale. Ces projets comprennent des paiements directs aux individus et aux sociétés au titre des biens ou des services. De même, le gouvernement fédéral dépense des fonds dans divers programmes relevant de la compétence fédérale. Les dépenses de la fonction publique affectées à la gestion de ces programmes entrent dans cette catégorie.

Le gouvernement fédéral fait également des paiements directs aux individus pour une grande variété de fins. Il n'est soumis à aucune restriction dans ces paiements. La seule question peut avoir trait aux buts poursuivis ou aux conditions à remplir par les bénéficiaires pour recevoir ces paiements. La fin poursuivie peut être quelque chose d'offert ou de réglementé par les provinces. Par exemple, rien n'empêche le gouvernement fédéral de donner des bourses aux étudiants qui fréquentent des établissements d'enseignement ou des subventions de recherche aux facultés qui effectuent des recherches dans une université provinciale.

Le gouvernement fédéral peut également utiliser son pouvoir de taxation dans le cadre de son pouvoir de dépenser. Nous avons tous entendu l'expression « dépenses fiscales ». Elle désigne le manque à gagner enregistré quand le gouvernement n'exerce pas son pouvoir de taxation ou ne transfère pas certains impôts, le plus souvent aux provinces, dans le cas du Canada. Ces manques à gagner sont considérés comme des dépenses réelles, et les ministres fédéraux font souvent état de leurs transferts quand ils parlent de leur « part » dans le coût de programmes comme l'assurance-santé.

Une autre façon d'utiliser le pouvoir de dépenser consiste à transférer des fonds à d'autres gouvernements au Canada. Dans le cas du gouvernement fédéral, cette application du pouvoir de dépenser a une longue et honorable histoire. En 1967, un grand nombre d'ententes et de débats d'importance capitale portaient sur le niveau des paiements du Dominion aux nouvelles provinces, à la répartition des biens et à la prise en charge des dettes. Diverses parties de la version originale de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* contiennent des références spécifiques à ces ententes[10]. Par la suite, cela a de nouveau été le cas et plusieurs conférences fédérales-provinciales ont été tenues sur ce thème. Les paiements de transfert, comme on les appelle maintenant, sont intimement liés aux programmes à frais partagés, au pouvoir de dépenser et aux questions fédérales-provinciales relatives à la compétence[11].

Le débat sur l'utilisation du pouvoir de dépenser tourne habituellement autour des questions relatives à son utilisation dans des domaines de compétence provinciale. Les arguments généraux

à ce sujet sont également bien connus. Durant la période d'après-guerre, le gouvernement Libéral fédéral s'est efforcé d'établir un certain nombre de programmes sociaux au Canada. Les motifs de cette initiative sont dans une certaine mesure sujets à discussion. D'aucuns soutiennent qu'il s'agissait simplement de préoccupations électorales, d'un virement à gauche fait par les Libéraux pour contrer la montée de la Fédération du commonwealth coopératif (la CCF), devenue depuis le Nouveau parti démocratique (le NPD). D'autres ont soutenu que l'initiative résultait de la nécessité de légitimer le système économique capitaliste dans le but de prévenir un changement de cap en direction du socialisme. Par exemple, Garth Stevenson a soutenu ce point de vue dans ses ouvrages sur le fédéralisme canadien :

> ***D'une façon générale, toutefois, les subventions conditionnelles [octroyées par le gouvernement fédéral] poursuivaient principalement un but de légitimation, précisément parce qu'on ne peut s'attendre à ce que les provinces dépensent de l'argent dans un domaine de politique précis sans leur offrir des stimulants considérables et, dans certains cas, sans exercer des contraintes véritables.***
>
> ***Il serait toutefois faux de surestimer l'enthousiasme du gouvernement fédéral à dépenser dans un but de légitimation [...]. En n'acceptant qu'une responsabilité financière partielle et en laissant les provinces assumer le reste, le gouvernement fédéral achète les avantages politiques (ou évite le coût politique de l'inaction), ce, à un coût minime pour le Trésor (Stevenson, 1982, p. 157 et 158).***

D'autres présentent la vogue des programmes à frais partagés comme une réaction de l'État au système fédéral non réformé, comme un moyen de contourner un système constitutionnel inutilisable :

> ***Historiquement, les accords fiscaux relatifs à la politique sociale ont servi à diverses fins, qui peuvent toutes être liées au traitement de la politique sociale dans la Constitution. Le but a été parfois de combler l'écart fiscal vertical causé par l'affectation constitutionnelle ou la non-concordance entre les recettes et les dépenses, tandis qu'à d'autres moments, le but visé était d'aider les provinces moins bien nanties pour faire en sorte que toutes les parties du pays soient en mesure d'offrir des niveaux comparables de services publics. Parfois, l'intention était de convaincre les provinces de la nécessité d'établir des programmes qui autrement n'auraient pas été développés suffisamment ou même adoptés [...]. Enfin, l'unité nationale a également fait l'objet d'ententes. Dans cette forme, les ententes équivalent à des liens créés à partir du sentiment, chez les Canadiens, qu'ils partagent des services communs les uns avec les autres (Barker, 1998, p. 145).***

Quelle que soit la motivation, le fait est qu'après la Deuxième Guerre mondiale, plus d'une centaine de programmes à frais partagés ont été créés, dont les plus connus sont dans le domaine des soins de santé. La constitutionnalité de cette utilisation du pouvoir de dépenser a fait l'objet d'un large débat.

En général, les arguments contraires à la participation fédérale aux programmes à frais partagés soulèvent deux questions. La première est qu'en utilisant son pouvoir de dépenser, le gouvernement fédéral entrave la réalisation des priorités des provinces. En offrant un financement pour certains programmes dans un champ de compétence des provinces, le gouvernement fédéral fait en sorte que d'autres programmes, non financés par lui, seront placés à un niveau moins élevé dans l'échelle des priorités. En ce qui concerne le domaine des soins de santé, cet argument a été exposé dès le début, quand le gouvernement fédéral a pour la première

fois tenté d'encourager les provinces à mettre sur pied un système national d'assurance-santé. Aucune province ne critique sérieusement maintenant un système d'assurance-santé, mais il existe encore un large débat sur l'insuffisance du financement accordé par le gouvernement fédéral et, par conséquent, sur le rôle de ce dernier dans le façonnement et l'établissement des priorités du système.

Toutefois, le débat a été centré au cours des deux dernières décennies sur l'utilisation faite par le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral pour atteindre certains des buts en matière de soins de santé exposés dans la *Loi canadienne sur la santé*. Ces « principes » sont la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité et l'accessibilité. Si un système provincial ne satisfait pas ces critères, il est appelé à perdre une partie ou l'intégralité du financement fédéral désigné pour la prestation des soins de santé.

Deux importantes questions se posent donc. Premièrement, le gouvernement est-il fondé, du point de vue constitutionnel, à utiliser dans le domaine des soins de santé son pouvoir de dépenser ? Deuxièmement, est-il fondé, du point de vue constitutionnel, à imposer aux provinces des conditions comme celles exposées dans la *Loi canadienne sur la santé* ?

Bien qu'il y ait encore un grand nombre de personnes à s'inscrire en faux contre une réponse positive à la première question, la majorité des universitaires soutiennent le genre d'interprétation donnée par Peter Hogg :

> ***Du point de vue juridique, il semble à mon avis qu'il est plus exact de dire que le Parlement fédéral peut dépenser ou prêter ses fonds à n'importe quel gouvernement, institution ou individu qu'il choisit et pour n'importe quelle fin qu'il choisit, et qu'il peut attacher à toute subvention ou prêt toutes les conditions qu'il choisit, y compris celles à propos desquelles il ne peut pas directement légiférer. Il y a, à mon avis, une distinction entre la réglementation obligatoire, qui, de toute évidence, ne peut être appliquée que par voie de législation dans les limites du pouvoir législatif, et la dépense ou le prêt ou l'impartition, qui n'impose aucune obligation au bénéficiaire (comme dans le cas des allocations familiales) ou imposent les obligations qui sont volontairement acceptées [...] (Hogg, 1998, p. 157).***

Hogg défend ce point de vue de deux façons. Premièrement, il invoque le pouvoir conféré au Parlement par le paragraphe 91.3, le pouvoir de prélever des impôts, par l'alinéa 91.1.a) pour légiférer en ce qui concerne les biens publics, et par l'article 106, au sujet du droit aux fonds fédéraux alloués. Deuxièmement, il fait référence à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif* au *Régime d'assistance publique du Canada*, dans lequel le juge Sopinka a rédigé la décision unanime suivante :

> ***Suivant l'argument écrit avancé par le procureur général du Manitoba, la loi en cause revient à réglementer un domaine qui ne relève pas de la compétence fédérale. Je ne partage pas cet avis. L'accord conclu en vertu du Régime établissait un système flexible de partage des coûts qui laissait à la Colombie-Britannique le soin de décider quels programmes elle mettrait sur pied et financerait. Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence fédérale ne revient pas à réglementer cette matière (2 R. C. S., 1991)[12].***

Ce point de vue de Hogg a été appuyé par un grand nombre d'autres universitaires. En particulier, Martha Jackman, a exposé de manière exhaustive, dans un article publié dans le *Health Law Journal*, les arguments et les affaires appuyant la légitimité du rôle du gouvernement fédéral dans le domaine des soins de santé. Par exemple, elle examine, du point de vue du droit criminel, le pouvoir en cause dans les affaires environnementales :

> ***Après l'arrêt* RJR c. MacDonald,** ***la Cour suprême a confirmé le droit du Parlement d'invoquer la compétence qu'il a dans les questions relevant du droit criminel de justifier des formes plus larges de règlement des questions de santé dans* La Reine c. Hydro-Québec** ***(note 55). Cette cause portait sur une contestation présentée par Hydro Québec du règlement adopté par la Direction de la surveillance de la pollution en vertu de la* Loi canadienne sur la protection de l'environnement.** ***En rejetant les allégations d'Hydro-Québec, selon lesquelles les contrôles environnementaux contenus dans la Loi touchaient des questions de compétence provinciale, le juge La Forest a fait valoir que le but de protection de la santé humaine va dans le même sens que le règlement fédéral des substances toxiques adopté en vertu de ses pouvoirs en matière criminelle. Le raisonnement de la Cour suprême dans les causes* RJR-MacDonald *et* Hydro-Québec** ***ouvre un champ considérable pour l'adoption à l'avenir d'une législation fédérale visant à contrôler les activités constituant un risque pour la santé humaine, notamment celles qui ont été perçues dans le passé comme entièrement légitimes de par leur nature. Comme l'a expliqué clairement le juge La Forest dans l'arrêt en question, le gouvernement fédéral peut non seulement exercer ses pouvoirs en matière criminelle dans les nouveaux domaines relatifs à la santé publique, mais il peut aussi invoquer le paragraphe 91.27 à l'appui de systèmes de réglementation qui, comme la* Loi sur le contrôle des produits du tabac,** ***sont relativement détaillés et complexes en ce qui concerne leur structure, les pénalités qu'ils imposent et leur portée. À cet égard, l'arrêt* RJR-MacDonald** ***représente un virage important par rapport au point de vue antérieur (note 56) selon lequel les lois d'un caractère réglementaire plutôt que d'un caractère prohibitif plus strict ne pourraient pas être justifiées en vertu du paragraphe 91.27. En permettant de recourir à une approche de réglementation pour examiner des problèmes de santé en vertu du paragraphe 91.27, l'arrêt étend considérablement la possibilité d'invocation de la compétence en matière criminelle pour la rendre applicable au domaine de la santé (Jackman, 2000, notes 55 et 56).***

Martha Jackman conclut que la nécessité de coopération entre le gouvernement fédéral et les provinces dans le domaine de la santé est donc autant une question de droit constitutionnel qu'une question de saine politique de santé (Jackman, 2000, note 142).

Si Hogg et Jackman sont catégoriques sur ce sujet, certains autres ne le sont pas. Dans un excellent article sur cette question, Dale Gibson, titulaire de la chaire Belzburg, à l'École de droit de l'Université de l'Alberta, s'inquiète de l'insuffisance des justifications formulées par Hogg et certains autres :

> ***Il convient toutefois de faire deux importantes mises en garde. Premièrement, il est possible que la compétence ne soit pas absolue comme certaines déclarations (telles que celle de Hogg) semblent le laisser entendre. Bien que certaines des déclarations citées ci-dessus semblent indiquer que le pouvoir fédéral de dépenser justifie sans restriction des initiatives financières fédérales conditionnelles dans des champs de compétence provinciale, le profil historique de l'interprétation constitutionnelle canadienne, qui a maintenu un certain équilibre entre les pouvoirs du fédéral et des provinces, incite fortement à penser que, si certaines initiatives menaçaient de modifier cet équilibre, les tribunaux pourraient intervenir. La seconde mise en garde (qui est connexe aussi) est que la base juridique théorique traditionnelle de l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans des champs de compétence provinciale suscite des doutes considérables lorsqu'on l'examine à la lumière des principes généraux longtemps établis du***

> ***droit constitutionnel canadien. Ces deux questions sont liées, car les fondements du pouvoir fédéral de dépenser découlant de la coutume offrent une portée très limitée à la participation fédérale [...]. Il ne serait pas sage de laisser persister ces doutes juridiques (Gibson, 1996, p. 7).***

Gibson expose ses préoccupations en fournissant certains détails. Il concentre en particulier son attention sur les justifications juridiques fondées sur le l'alinéa 91.1.a), Dette publique et biens. Il examine l'argument utilisé par la plupart des gens en faveur de ce large pouvoir et selon lequel les sommes perçues par le gouvernement fédéral sont en réalité des biens fédéraux et que le gouvernement fédéral a le droit d'en disposer comme il le désire. Par conséquent, la *Loi canadienne sur la santé* est véritablement une loi qui concerne des biens fédéraux et non pas les soins de santé.

Il soutient ensuite que cette approche comporte « deux talons d'Achille ». Le premier, c'est qu'il existe un doute sur la capacité de l'autorité fédérale de prélever des impôts pour des fins provinciales et, le second, la disposition juridique selon laquelle les lois autorisant les dépenses doivent être, dans leur essence, des lois qui traitent réellement de l'aliénation de biens fédéraux et non d'autres sujets. Le second est probablement le plus révélateur. En examinant la *Loi canadienne sur la santé,* aucune personne raisonnable ne pourrait conclure qu'elle porte uniquement sur la répartition de biens fédéraux. Certaines parties de la *Loi* font spécifiquement état d'objectifs et d'exigences en matière de santé. Toutefois, cette loi pourrait encore survivre même si elle était censée avoir un double aspect. De nouveau, Gibson note qu'une telle conclusion n'est nullement garantie. En particulier, il cite un arrêt rendu par la Cour suprême au sujet du Régime d'assurance publique du Canada (Gibson, 1996, p. 10). Il conclut en disant :

> ***À la lumière de cette incertitude, ceux qui défendent les initiatives fédérales en matière de soins de santé en évoquant la* Loi canadienne sur la santé *et d'autres utilisations du « pouvoir fédéral de dépenser » feraient bien d'explorer les autres raisonnements possibles, comme protection contre la possibilité que l'argument fondé sur les « biens » ne finisse par s'effondrer sous le poids des attaques (Gibson, 1996, p. 16).***

Dans le restant de son étude, Gibson présente une argumentation convaincante et bien articulée selon laquelle la *Loi canadienne sur la santé* peut être justifiée par l'article 91, la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement . En particulier, il souligne la « dimension nationale » de diverses décisions judiciaires dans le contexte desquelles cette disposition est invoquée.

> ***Tandis que les possibilités d'application de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement à la législation fédérale relative à la santé n'ont jamais été établies de façon concluante, la Cour suprême du Canada a donné à entendre que le gouvernement a un rôle à jouer dans ce domaine (*Renvoi relatif à la Margarine, *1985), et la Cour d'appel du Québec a dit que la législation fédérale restreignant la publicité du tabac pourrait être justifiée par la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement (Gibson, 1996, p. 17 et 18).***

Les arguments de Gibson sont probants, mais pas concluants, en particulier en ce qui concerne certains éléments de la *LCS* tels que la transférabilité, l'un des cinq principes sur lesquels repose cette loi.

Gibson a écrit cet article avant la négociation et la conclusion par les neuf provinces et le gouvernement fédéral de l'Entente-cadre sur l'union sociale, qui oblige tous les gouvernements à respecter les principes énoncés dans la *LCS*. Il est possible que cette entente appuie l'argument juridique selon lequel les exigences de la *LCS* se prêtent à une action en justice[13].

Nous sommes donc inquiets à l'idée que les justifications constitutionnelles actuelles de la *Loi canadienne sur la santé* sont attaquables, tandis que d'autres, comme celle proposée par Gibson, ne sont pas encore acceptées.

Des initiatives récentes entreprises par le gouvernement de l'Alberta en réaction à l'étude provinciale sur le système de soins de santé dirigée par l'ancien vice premier-ministre Don Mazankowski peuvent servir de catalyseur à une certaine activité judiciaire à cet égard. Le gouvernement provincial semble prêt à privatiser des parties du système hospitalier et à rayer certains services de la liste. Il est possible que cela puisse être interprété comme une violation des principes de la *LCS*. La première réaction du gouvernement fédéral est prudente, mais rien n'indique qu'il pénaliserait la province de l'Alberta pour les mesures proposées. Cette approche n'est pas partagée par un grand nombre de citoyens de la province elle-même ou par des représentants des partis d'opposition à l'assemblée législative. Le fait que le gouvernement fédéral n'ait pas réagi entraîne toutefois une question comme corollaire : si le Cabinet fédéral s'abstenait de pénaliser l'Alberta, l'affaire serait-elle définitivement classée ? Selon au moins un universitaire, ce ne serait pas du tout le cas. Il soutient dans un long article qu'on demanderait aux tribunaux de forcer le gouvernement fédéral à appliquer la *Loi* pour pénaliser la province. En particulier, cette action pourrait être entreprise par des particuliers soucieux de voir appliquer le principe de la *Loi*. Et si une décision judiciaire était prise en ce sens, le gouvernement fédéral serait tenu d'agir ou de changer la *Loi* (Choudhry, 1996, p. 462-509).

En dernière analyse, il est possible que le statut constitutionnel de la *LCS* n'entraîne pas de lourdes conséquences, du moins dans le proche avenir. Tous les gouvernements ont manifesté un manque d'intérêt flagrant pour une contestation de ses exigences par la voie judiciaire. Cela est vrai même du gouvernement du Parti québécois au Québec. Toutefois, la diminution continuelle du rôle que joue le gouvernement fédéral sur le plan budgétaire dans le domaine des soins de santé pourrait encore servir de catalyseur à une action juridique. L'issue d'une telle action ne serait pas sans intérêt, comme l'a indiqué Gibson.

III La *Charte des droits et libertés* et les soins de santé

Cette section traite de l'incidence, s'il en est, que la *Charte* des droits et libertés a sur la prestation des services de santé. La discussion relative à la *Charte* et aux soins de santé portent d'habitude sur la question de savoir si elle donne ou non lieu, au Canada, à un droit à l'égalité aux soins de santé qui soit justiciable des tribunaux ou à une certaine norme minimale applicable aux soins de santé dispensés par les pouvoirs publics. Plus spécifiquement, les citoyens ont-ils, au regard des soins de santé, une certaine forme de « droit garanti par la *Charte* »[14] ? Comme toujours, le droit dans ce domaine évolue, et la possibilité d'une contestation fondée sur la *Charte* n'est pas à écarter. Toutefois, le présent document traite d'une question plus précise, qui est la suivante : La *Charte* influence-t-elle la compétence sur les soins de santé au Canada ?

Il y a diverses manières de conceptualiser cette question. Premièrement, la *Charte* a-t-elle pour effet de transférer valablement la compétence en matière de soins de santé d'un ordre de gouvernement à un autre ? La réponse simple à cette question est NON. En ce qui concerne la compétence fédérale ou provinciale en matière de soins de santé, les tribunaux n'ont pas invoqué la *Charte* pour procéder à un nouveau partage du pouvoir ou des pouvoirs par suite d'une interprétation de cette dernière. Il est difficile de concevoir une telle situation, sauf dans le cas où un ordre de gouvernement refuserait d'exercer sa compétence, ce qui constituerait une violation d'un droit garanti par la *Charte*. Par exemple, si le gouvernement fédéral refuse absolument d'exercer son pouvoir de quarantaine dans des régions spécifiques du pays, il est possible d'invoquer l'article 15 pour garantir une « égalité » de traitement. Nous sommes ici toutefois sur un terrain mouvant.

Si la *Charte des droits et libertés* n'est pas utilisée à cette fin, est-il possible qu'elle serve à modifier les compétences ou à renforcer la compétence de l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement ? La réponse à cette question est moins claire, mais il n'est pas difficile de concevoir comment cela pourrait se produire. Par exemple, Marcia Rioux indique, dans un ouvrage de Margaret E. A. Sommerville, la base sur laquelle une telle situation pourrait se produire :

> ***Comme un minimum absolu, toute politique en matière de santé doit se conformer non seulement aux cinq principes reconnus dans la* Loi canadienne sur la santé, *mais elle doit aussi satisfaire les normes de la garantie constitutionnelle des droits à l'égalité [...] les bases acceptables de détermination de l'accès à des ressources rares doivent maintenant être considérées en termes de normes juridiques énoncées dans la* Constitution *et la* Charte des droits et libertés *(Rioux, 1999, p. 144 et 145).***

Plus loin, elle cite des cas où les gouvernements provinciaux ont été tenus de modifier un traitement ou certaines pratiques afin de se conformer à l'égalité garantie par l'article 15 de la *Charte*. Il s'agissait là de cas où l'accès au traitement n'était pas mis à la disposition d'un groupe identifiable, soit, dans le cas le plus récent, aux sourds de la Colombie-Britannique. L'auteure conclut en soulignant que l'article relatif à l'égalité doit être utilisé pour garantir que la discrimination n'est pas permise, tant entre les individus qu'entre les groupes. Elle accepte implicitement l'idée que l'égalité d'accès aux soins de santé est un droit rattaché à la citoyenneté (Rioux, 1999, p. 144 et 145)[15].

En apparence, cela n'a guère de lien avec la compétence. L'auteure ne parle pas de la question de l'égalité entre les provinces ni de la nécessité de transférer la compétence en matière de soins de santé au gouvernement fédéral afin de garantir l'égalité. Toutefois, quand on associe cette idée à quelques-unes des notions présentées dans l'article de Gibson cité précédemment, il est facile de voir comment cela pourrait se produire. Gibson soutient que la *LCS* pourrait être appuyée par le pouvoir conféré à l'article 91 au nom de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement. En particulier, il mentionne que l'article de la *LCS* relatif à la transférabilité pourrait se justifier comme une question d'« intérêt national » et, par conséquent, être appuyé par l'article 91 :

> ***De toute évidence, le critère de transférabilité a pour but de garantir (dans la mesure où les contributions fédérale et provinciales en sont capables) que toute personne résidant quelque part au Canada est libre d'exercer son droit [...] de déménager à sa guise pour s'installer n'importe où au Canada, ce, sans mettre en cause son accès à des prestations publiques en matière de santé. L'idée que la législation adoptée à l'appui d'un tel but a une dimension nationale a, de nouveau, ses racines dans le fait qu'aucune province ne pourrait le réaliser [...]. Seul le gouvernement du Canada a l'autorité constitutionnelle nécessaire pour garantir la transférabilité des prestations de santé pour tous les Canadiens (Gibson, 1996, p. 22).***

Cet argument concerne clairement l'égalité d'accès. Curieusement toutefois, Gibson appuie l'argument seulement en ce qui concerne l'article 6 de la *Charte*, celui de la liberté de circulation, et non pas par référence à l'article 15, celui de l'égalité devant la loi. Il semble qu'on aurait pu également soutenir ce point de vue.

L'invocation conjointe des articles 6 et 15 dans l'argument de Gibson produit un scénario où la compétence des provinces pourrait être modifiée et/ou réduite par l'application de la *Charte* dans le but de garantir l'égalité d'accès entre les provinces. Dans ce cas, le gouvernement fédéral voudrait légiférer sur la transférabilité en vertu de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement en utilisant l'argument de la dimension nationale des articles 6 et 16 de la *Charte*. Gibson ajoute ensuite l'idée que l'universalité et l'intégralité pourraient également être appuyées, mais avec moins de garantie de succès dans le cas d'une contestation juridique (Gibson, 1996, p. 23). Un tel renforcement de la compétence fédérale dans ce scénario influencerait profondément l'équilibre des compétences dans le domaine des soins de santé.

La possibilité d'utiliser l'article 6, Liberté de circulation, pour renforcer le droit qu'a le gouvernement fédéral de légiférer dans le domaine des soins de santé a déjà été mentionnée ci-dessus. Répétons que des ententes intergouvernementales comme l'Entente-cadre sur l'union sociale et comme l'Accord sur le commerce intérieur pourraient être utilisées pour défendre une telle cause.

En raison de la brièveté du présent document, nous n'avons pu que parcourir le sujet en surface. Nous pouvons conclure toutefois en disant que la *Charte* sera probablement utilisée pour garantir à l'avenir l'égalité d'accès dans le domaine des soins de santé. De fait, elle peut même être utilisée pour garantir le système lui-même.

L'interrelation entre les définitions de la santé et la compétence constitutionnelle

Nous essayons de répondre dans cette section aux questions entourant les définitions de la santé, des soins de santé et des services de santé et du secteur de compétence. Plus spécifiquement, vu que les définitions de ce qui constitue la « santé » englobent davantage de choses à mesure que nous nous écartons du modèle des soins actifs et des soins aux malades chroniques pour adopter un modèle de « bien-être » ou de « prévention », cela comporte-t-il des conséquences sur l'interrelation entre la compétence constitutionnelle et les compétences qui interviendront dans la réglementation et la prestation de services de santé de plus en plus larges ? De façon encore plus spécifique, quels seront les rôles qui seront dévolus à l'avenir aux pouvoirs économiques dans le domaine de la santé ?

Une façon de réduire l'ampleur et la complexité de ces questions consiste à concentrer l'attention sur un ou deux grands problèmes. Un autre moyen consiste à examiner ce qui a façonné les grandes tendances des relations fédérales-provinciales au cours de diverses décennies passées et d'essayer d'extrapoler les tendances futures dans le domaine des soins de santé, en particulier, à partir de ces grandes tendances. Avec la première approche, on pourrait choisir par exemple la question de la privatisation et étudier comment des changements majeurs dans ce domaine pourraient affecter la compétence. Avec la deuxième approche, on pourrait examiner le rôle du gouvernement fédéral dans la prestation des soins de santé comme un indicateur de son engagement à l'endroit des objectifs d'équité qui ont caractérisé la participation de cet ordre de gouvernement aux programmes qui relèvent dans une large mesure de la compétence des provinces. Dans cette section, nous adopterons la seconde approche et nous examinerons au besoin des questions comme la privatisation.

Nous avons abordé brièvement les conditions dans lesquelles a été mis sur pied un programme social comme l'assurance-maladie au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. Il y avait alors un large consensus social au sujet de la nécessité de ce programme et de la capacité budgétaire du gouvernement fédéral d'instituer et de maintenir un tel programme. Le consensus et la capacité ont duré jusqu'à la dernière partie du XX^{e} siècle. Harvey Lazar a très bien décrit cette interrelation :

> ***Jusqu'à la fin des années 70 ou au début des années 80, le fédéralisme fiscal canadien avait un « énoncé de mission ». Son but précis reflétait fidèlement le large consensus de l'après-guerre au sujet du rôle que devait jouer l'État par le biais de programmes de redistribution du revenu et de stabilisation macro-économique, en mettant sur pied une société juste et compatissante et une économie prospère et stable. Ce consensus reposait à son tour sur l'idée qu'il existait un sentiment latent de l'esprit national politique canadien qui pourrait être mobilisé dans la poursuite de ces nobles objectifs (Lazar, 2000, p. 4)[16].***

Cette « mission » a été accomplie en grande partie sans modification officielle du partage des compétences. Elle a été entreprise et réalisée par l'entremise de mécanismes non officiels d'accommodement mis en œuvre par le fédéral et les provinces. Ces mécanismes ont été à différentes époques qualifiés de fédéralisme coopératif, de fédéralisme de collaboration, de fédéralisme exécutif, de fédéralisme d'accommodement et, récemment, de fédéralisme flexible. Les résultats ont été réalisés dans une large mesure par la voie de négociations et d'ententes

fédérales-provinciales. En d'autres termes, la pratique traditionnelle a modifié la compétence officielle.

Ce processus a commencé à s'effondrer au cours des deux dernières décennies. Sous des pressions financières et autres, les deux ordres de gouvernement ont commencé à prendre des décisions unilatérales qui ont eu de graves conséquences pour l'autre ordre de gouvernement. Le consensus relatif au processus a été la première victime de la pression budgétaire, surtout après la prise du pouvoir par le Parti libéral en 1993. Par conséquent, le système a perdu une partie de son but et de ses processus. Dans le domaine des soins de santé, cet élément a engendré, conjointement avec d'autres facteurs, une crise du financement et des services, qui a entraîné à son tour une crise de confiance et un désaccord au sujet des principes de l'assurance-santé.

Ce processus a été compliqué par l'émergence de véritables divergences idéologiques entre les partis au pouvoir dans les provinces et, dans certains cas, au fédéral. En Alberta et en Ontario, les gouvernements du Parti progressiste-conservateur n'étaient pas seulement engagés à l'égard de l'intégrité fiscale, mais ils étaient également déterminés à réduire le rôle du gouvernement, notamment dans le domaine des soins de santé. Cela les a mis en conflit avec certaines autres provinces, comme la Saskatchewan, et avec le gouvernement fédéral. Et cela a causé encore davantage de pressions pour le consensus d'après-guerre relatif aux programmes sociaux, ainsi qu'à l'effritement du programme et des buts poursuivis.

Parallèlement, il y a eu de larges pressions dans l'autre direction. Dans le même article mentionné précédemment, Lazar attire l'attention sur ces pressions :

> ***S'il existait un cloisonnement étanche entre le gouvernement fédéral et les provinces, cette [tendance vers l'unilatéralisme et vers la perte du sens de la mission] importerait peu. Mais les forces de l'intégration mondiale et continentale résident dans une interdépendance croissante entre les économies et les politiques. Pour des raisons d'ordre fonctionnel, elles font donc de la collaboration entre les gouvernements une nécessité croissante pour un éventail de plus en plus large de problèmes, pas seulement des deux côtés des frontières internationales, mais aussi pour les gouvernements à l'intérieur du Canada. Pour que la collaboration soit efficace, il faut toutefois que les divers gouvernements aient un niveau minimum de confiance les uns envers les autres. Les « règles du jeu » doivent comporter une mesure de prévisibilité au sujet du comportement des partenaires (Lazar, 2000, p. 5).***

Alors, dans quelle direction conduisent ces tendances qui se font contrepoids ? La réponse réside en partie dans l'évaluation de la manière dont les définitions de plus en plus larges de la santé, ainsi que la mondialisation et l'intégration économique de plus en plus grandes parviendront à tenir compte des pressions budgétaires qui réapparaissent maintenant, après avoir fait éclater le sens du but national décrit par Lazar.

Définitions de la santé

Comme on l'a déjà mentionné dans le présent document, les conceptions de ce qui constitue la santé et les services de santé ont changé de façon spectaculaire depuis la période de la Confédération. De fait, elles ont changé de façon plus spectaculaire au cours des trois dernières

décennies qu'à tout autre moment de l'histoire du Canada. Nous concevons maintenant la « santé » en des termes sociaux plus larges, ce qui indique que nous comprenons que la maladie et ses implications naissent dans un sens plus holistique de la vie et de l'existence quotidiennes. Plusieurs des commissions récentes qui ont étudié la santé au cours des deux dernières années ont eu de la difficulté à souligner ce point :

> ***La médecine de pointe et les drames des salles d'urgence peuvent capter toute l'attention des médias, mais une révolution tranquille est en train de se produire à l'autre extrémité du système de santé, qui est tout aussi importante. Les preuves à cet effet sont claires d'un bout à l'autre du monde. Quand il s'agit d'améliorer la santé, les soins de pointe passent après les services de santé primaires. Les « miracles de la médecine moderne » ne sont pas limités aux médicaments et à la chirurgie. Les recherches sur les maladies du coeur et le diabète, par exemple, démontrent qu'il est possible d'augmenter de plusieurs années l'espérance de vie des gens par des modes de vie sains, des interventions effectuées plus tôt, le suivi et l'application quotidienne de mesures simples de gestion de la santé (Fyke, 2001, p. 9).***

La Commission poursuit en disant que les effets qu'ont la pauvreté et l'inégalité sur la santé deviennent plus visibles, particulièrement dans le cas des Autochtones (Fyke, 2001, p. 12).

Les modes de vie, la pauvreté, l'inégalité, les médicaments, le matériel technique de pointe et les objectifs d'accessibilité et d'intégralité fixés dans un but d'équité contribuent à créer un système complexe aux multiples facettes qui ne concorde pas facilement avec les catégories énoncées dans la *Loi constitutionnelle* de 1867. Toutefois, il est clair qu'à mesure qu'évoluent et que s'élargissent les définitions de la santé, celles-ci entraînent avec elles de nouvelles idées sur les choses qu'il faut faire et, dans bien des cas, sur la manière de les faire de façon plus efficiente. Ainsi, on justifie les mesures de prévention de la santé en affirmant non seulement qu'elles permettront aux gens d'améliorer leur santé, mais que cela permettra d'atteindre ce but à un moindre coût. La vieille maxime qui veut qu'une once de prévention vaille autant qu'une livre de soins se retrouve au coeur de l'essentiel de la réforme de l'assurance-santé et des soins de santé en général au Canada. Mais, en dépit des économies de coût, le système actuel est toujours confronté à la nécessité d'assurer la prestation de soins de santé, en progression rapide, et coûteux, tout en investissant dans de nouvelles approches qui, en fin de compte, permettront de réaliser des économies. Autrement dit, nous devons investir maintenant pour épargner plus tard. La première partie de cette équation consiste à déterminer ce qui a causé tant de consternation au cours des 10 dernières années.

Il est évident que les définitions que nous donnons de la santé, des soins de santé et même de la notion de nécessité au point de vue médical ont toutes de profondes implications pour les relations fédérales-provinciales. Si, comme le donne à entendre le Rapport Mazankowski, en Alberta, certains services sont biffés de la liste des services assurés, cela entraînerait sans doute au moins des discussions avec le gouvernement fédéral, mais pas de confrontation. Mais cela affectera-t-il la compétence constitutionnelle, qui fait l'objet du présent rapport ? La réponse est probablement : Peut-être, mais elle n'est guère satisfaisante. Le scénario le plus évident est que celle-ci pourrait se faire par le biais d'une contestation judiciaire au nom de la *Loi canadienne sur la santé* ou même une contestation au nom de la *Charte*, comme on l'a vu dans le présent document. Si une telle contestation était menée à bonne fin, elle pourrait modifier la compétence des provinces ou du gouvernement fédéral. L'issue la plus probable toutefois est que des

changements de définition entraîneraient une modification de la discussion et de l'entente entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Compressions des coûts, fédéralisme et compétences

Compte tenu de l'élargissement des définitions de la santé, il se produira inévitablement un chevauchement de plus en plus grand de la compétence des provinces avec celle du gouvernement fédéral, car les décisions économiques de ce dernier influent sur les soins de santé. Nous avons observé ce phénomène durant la période postérieure à 1993. Le gouvernement fédéral avait alors sensiblement réduit les paiements de transfert de tous les programmes, y compris la santé. Selon certaines études, les chiffres des dépenses publiques au titre de la santé ont, après correction des incidences de l'inflation, diminué de 1 pour cent entre 1992 et 1997. Ainsi, la part des dépenses en soins de santé dans le PIB national est ainsi passée de 10,2 à 9,2 pour cent. Comme l'a constaté un des chercheurs, cette baisse absolue est sans précédent (Rachlis, 2001, p. 6). Comme il a été mentionné précédemment, l'impact immédiat de cet état de choses a été un accroissement de l'unilatéralisme. Le consensus sur le rôle et le processus s'est virtuellement effondré. La capacité, maintenant classique, du gouvernement fédéral de façonner le système de soins de santé en utilisant son pouvoir de dépenser a été contestée et demeure douteuse.

Une autre conséquence de ce repli du fédéral dans le domaine budgétaire a été l'accroissement des dépenses privées dans le système. Durant la même période, celle de 1992 à 1997, les dépenses privées au titre des médicaments, des soins dentaires et des soins privés dispensés dans le secteur institutionnel privé ont augmenté de 16,4 pour cent (Rachlis, 2001, p. 6). Cela a également un impact sur la compétence. Prenons les médicaments comme exemple. Nous avons fait remarquer que la compétence du gouvernement fédéral en matière de brevet d'invention a une incidence énorme sur le développement des soins de santé et les dépenses connexes. On pense ainsi dans une large mesure aux entreprises commerciales privées dont les produits sont testés, brevetés et réglementés par le gouvernement fédéral. La période de protection des brevets découle directement des ententes internationales sur la protection des brevets. Comme les particuliers paient de plus en plus pour leurs propres médicaments, ces transactions deviennent des transactions privées considérables, qui ne sont pas réglementées par les gouvernements provinciaux. Il en est de même des services privés de soins à domicile, par exemple ceux fournis par des sociétés comme la société internationale Extendicare qui fournit des soins institutionnels aux personnes âgées. Par le biais de l'imposition et du contrôle des activités économiques interprovinciales, le gouvernement fédéral exerce, du point de vue de la compétence, un contrôle considérable sur ces services. Si la privatisation de la prestation directe de soins de santé devait se poursuivre, le gouvernement fédéral acquerrait sans doute une plus grande influence sur le plan de la compétence en accroissant le contrôle qu'il a, par le biais de sa compétence économique, sur les traités internationaux, les brevets, etc.

Mondialisation et soins de santé

Au niveau le plus simple, nous savons que la mondialisation aura, sur la santé, des incidences similaires à celle qu'elle aura dans les domaines économiques et sociaux. Elle amènera avec elle un accès à des systèmes et à un savoir plus grands et plus complexes; la production de biens et services pour les activités liées à la santé aura une origine probablement plus mondiale, et la capacité des gouvernements nationaux et infranationaux plus petits de contrôler ces organisations internationales deviendra de plus en plus problématique. Le cas échéant, comment cela pourrait-il influencer la compétence en matière de soins de santé ? Un grand nombre de personnes, qui mettent de l'avant la thèse de la « fin » des territoires, prétendent que, par le processus d'intégration internationale, les gouvernements territoriaux vont perdre leur souveraineté réelle et juridique aux mains des organisations internationales. Alors, l'État-nation perdra graduellement sa pertinence, car les activités économiques et sociales seront organisées sur une base internationale. Par voie de conséquence, il en sera de même pour les gouvernements infranationaux.

La plupart des gens estiment que cette approche est exagérément simpliste. La complexité de l'interrelation des actions sociales, économiques et politiques ne joue pas un rôle déterminant, comme cette thèse tendrait à le faire croire. Dans un excellent article écrit à ce sujet, Michael Keating souligne quelques-uns des problèmes liés à l'approche de la fin des territoires :

> ***Nous devons être prudents avec la thèse de la « fin des territoires ». On ne peut trouver de conséquence directe de la restructuration fonctionnelle ou des processus économiques sur les pouvoirs politiques et les institutions qui dirigent un pays, sans reconnaître un rôle indépendant aux politiques, rôle qui varie d'un cas à un autre. [...] Encore aujourd'hui, face à toutes les forces qui minent apparemment la base territoriale des politiques et du gouvernement, non seulement le principe territorial d'organisation du gouvernement est-il en train de survivre, mais il est en expansion. Ainsi, nous observons, comme cela s'est produit dans le passé, non pas la fin des territoires, mais leur transformation et leur réinvention sous de nouvelles formes (Keating, 1999, p. 15).***

Keating note ensuite que les nouvelles politiques territoriales seront caractérisées par quatre éléments : la concurrence, le contexte, la complexité et l'asymétrie. En ce qui concerne notre examen de la compétence, les plus importants de ces éléments sont la complexité et l'asymétrie. La complexité signifie que le lien entre les territoires et la fonction, l'identité et les institutions devient compliqué et variable. En particulier, la responsabilité politique devient floue et l'innovation a moins de chance de se produire. L'asymétrie peut également être une des conséquences de la complexité, car l'interrelation des politiques et de la complexité fait qu'il est improbable que la « taille unique » convienne à tous. Si nous acceptons l'argument de Keating et de ceux qui pensent comme lui, la politique et les territoires conserveront encore leur importance à l'avenir, mais d'une manière différente et plus complexe. Ainsi, l'argument de Lazar selon lequel la mondialisation accroîtra l'interdépendance et rendra encore plus floues à l'avenir les lignes de démarcation entre les compétences est probablement correct.

Comment les gouvernements réagiront-ils à cet estompage des lignes de démarcation et à cette asymétrie et quelle forme pourrait prendre leur réaction ? Nous pouvons, selon toute vraisemblance, écarter d'emblée la possibilité d'amendements constitutionnels officiels. À la

lumière de l'histoire des amendements constitutionnels effectués au Canada au cours des 20 dernières années et du rôle, encore grand, que joue le Parti québécois au Québec, la possibilité de certaines nouvelles ententes globales n'est tout simplement pas, comme on le dit, « à l'ordre du jour ».

Il est plus probable qu'on verra émerger deux tendances contradictoires, spécialement dans le domaine des soins de santé. Premièrement, compte tenu des ententes fiscales actuelles et du fait qu'on s'attend à ce que les gouvernements coupent de nouveau dans les dépenses, nous pouvons prévoir davantage de décisions unilatérales. Les décisions prises en Alberta et en Colombie-Britannique au cours des derniers mois seront probablement reprises dans d'autres provinces. Ainsi, il sera possible que certaines de ces modification soient contestées par le gouvernement fédéral comme des violations de la *LCS*. Bien que cela ne soit pas certain, les mesures prises par certaines provinces en font une possibilité. Deuxièmement, si les gouvernements provinciaux mettent à exécution de grandes initiatives de privatisation, le rôle que joue le gouvernement fédéral par l'entremise des pouvoirs économiques qu'il exerce sur le commerce international pourrait se renforcer. Par exemple, les hôpitaux privés et les autres institutions pourraient être touchés par les dispositions de l'ALENA. Des décisions unilatérales du gouvernement fédéral pourraient conduire à des frictions, car le contrôle sur ces institutions dans différentes provinces devient une question relevant à la fois du domaine de l'économie et de la santé.

Compte tenu de la mondialisation et de l'importance croissante qu'ont les pouvoirs économiques dans le domaine de la santé, une autre réponse serait que le gouvernement fédéral et les provinces chercheront à élargir le modèle de l'union sociale pour l'appliquer spécifiquement au domaine des soins de santé. Un accord global fédéral-provincial dans le domaine de la santé comparable à l'Accord sur le commerce intérieur ou à l'Entente-cadre sur l'union sociale serait certainement préférable à un amendement officiel ou à une confrontation continuelle. Cela pourrait permettre d'inclure quelques questions plus spécifiques dans l'entente. Au sujet du Québec, le moins qu'on puisse dire est que sa participation à une telle entente pose problème.

Enfin, étant donné le rôle économique du gouvernement fédéral, il existe une possibilité que des particuliers, des sociétés ou des gouvernements demandent aux tribunaux de mettre fin au chevauchement complexe des compétences. Ces contestations pourraient être le fait de groupes d'intérêts particuliers ou de sociétés privées poursuivant des buts spécifiques.

Bien des choses dépendent de la manière dont le gouvernement fédéral perçoit le rôle qu'il doit jouer à l'avenir dans le domaine de la santé. Des initiatives récentes découlant des événements du 11 septembre semblent indiquer qu'il n'y a guère de possibilité que le gouvernement fédéral améliore dans le proche avenir son rôle budgétaire dans ce domaine. S'il reste déterminé à donner à ses objectifs en matière de sécurité, de fiscalité et d'économie la priorité sur les soins de santé, il est probable qu'on assistera à une plus grande décentralisation du contrôle dans le domaine de la santé. Cela pourrait soulever des questions d'équité et des préoccupations au sujet des normes nationales. Inversement, comme il a été mentionné précédemment, le rôle économique du gouvernement fédéral et la complexité croissante qui découle de l'influence de la mondialisation pourraient forcer le gouvernement fédéral à réévaluer son rôle ainsi que les outils qu'il pourrait utiliser pour assurer qu'il a un rôle à jouer à l'avenir.

Nous pouvons conclure que les définitions de plus en plus globales de ce qui constitue une question de santé, ainsi que la mondialisation, la privatisation et la réduction du rôle budgétaire du gouvernement fédéral causeront probablement des frictions et du désordre dans les questions relatives aux soins de santé. Il en résultera peut-être, non pas une diminution du rôle du gouvernement fédéral, mais une modification de ce rôle. Les contours de ce rôle ne sont pas encore clairement tracés, mais les ententes internationales feront en sorte que ce rôle conserve son importance.

IV Conclusions générales

La présente étude visait à répondre aux quatre questions suivantes :

- Quelles sont les bases constitutionnelles des rôles du gouvernement fédéral et des provinces dans la prestation des soins de santé au Canada ?

- Quelles sont les bases constitutionnelles de l'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral dans le domaine de la santé ?

- La *Charte des droits et libertés* affecte-t-elle la répartition des compétences en ce qui a trait aux soins de santé et à la prestation des services de santé ?

- Dans la mesure où la politique canadienne en matière de santé fait intervenir chaque année des définitions de plus en plus larges de la « santé », comment l'interrelation de paramètres plus larges et de compétences qui se chevauchent pourra-t-elle affecter la politique en matière de soins de santé et l'exercice des responsabilités en vue de la prestation de soins de santé à l'avenir ? En particulier, comment les sphères de compétence dans les questions économiques influencent-elles la politique en matière de santé?

La réponse à la première question a soulevé quelques problèmes intéressants. Les chefs de compétence effectifs n'ont guère changé depuis l'adoption de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Toutefois, l'interprétation judiciaire de certaines des dispositions en a modifié profondément la portée. Durant la même période, les deux ordres de gouvernement ont accru leur intervention dans les questions sociales générales, notamment les soins de santé. Par conséquent, bien que les gouvernements provinciaux aient de solides bases juridiques pour justifier leurs compétences dans la prestation des services de santé, le chevauchement croissant et l'élargissement de l'éventail des services ont fait du gouvernement fédéral un important joueur dans ce domaine.

Étant donné l'histoire récente des amendements constitutionnels au Canada, il n'est guère probable que s'effectuent des amendements qui clarifieraient les chefs de compétence actuels ou ajouteraient de nouvelles compétences à celles du gouvernement fédéral ou des gouvernements provinciaux. Il se pourrait que les tribunaux aient à interpréter de nouveau certains pouvoirs existants en vue de régler un problème spécifique, mais ils seraient peu disposés à lancer un large filet dans une mer de compétences qui se chevauchent. Par conséquent, nous prévoyons que, le cas échéant, des changements se produiront par le biais de la pratique ou d'ententes entre les parties.

La réponse à notre deuxième question a également permis de dégager quelques idées intéressantes. Comme on l'a mentionné précédemment, selon la conception courante, les soins de santé sont un domaine de compétence provinciale. Nous avons démontré que la situation est en réalité plus complexe et que cette manière de voir est plutôt simple. La deuxième conception courante est que le gouvernement fédéral est bien fondé d'utiliser son pouvoir de dépenser dans le domaine des soins de santé. En d'autres termes, la plupart des gens admettent que la santé est un domaine de compétence provinciale mais aussi que le gouvernement fédéral peut effectuer

des paiements de transfert aux provinces à des fins de santé et subordonner ses paiements à des conditions, même quand cela semble constituer une immixtion dans un domaine de compétence provinciale. Les provinces acceptent cela seulement parce qu'elles veulent conserver le financement fédéral. Bien que la plupart des constitutionnalistes conviennent que le gouvernement fédéral peut disposer de ses biens de la manière qu'il juge appropriée, certains, comme Dale Gibson, pensent que cette compétence repose peut-être sur des bases peu solides.

Comme la *Loi canadienne sur la santé* est le principal instrument de participation du gouvernement fédéral, il est intéressant que Gibson pense que cette loi puisse être contestée si elle est défendue seulement comme un exercice d'aliénation de biens. Il estime qu'elle peut être défendue au nom de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement sur la base de sa dimension nationale. Gibson peut avoir raison ou non, mais il serait de loin préférable que les deux ordres de gouvernement conviennent des principes en cause et enchâssent cette idée dans une entente qui comporterait également un mécanisme mutuellement accepté de règlement des différends. Malheureusement, il est peu probable que cela se produise sans la conclusion d'une entente sur le financement à long terme.

La troisième question traite de l'incidence de la *Charte* sur la compétence dans le domaine des soins de santé. Spécifiquement, la *Charte* influence-t-elle le partage des compétences en ce qui a trait aux soins de santé au Canada ? Selon notre interprétation, cette question correspond à celle de savoir si la *Charte* peut être utilisée pour modifier la compétence dans le domaine de la santé. Dans un sens formel, la réponse est non. Toutefois, la possibilité d'influencer ou d'améliorer l'exercice de la compétence est une autre question. Il est concevable que la *Charte*, principalement par son article 6, Liberté de circulation, et son article 15, Égalité des droits, puisse influencer le rôle du gouvernement fédéral. Le type d'arguments présentés par Gibson, et selon lequel la transférabilité par exemple pourrait être justifiée en vertu de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement, pourrait certainement s'appliquer également aux articles 6 et 15.

Enfin, la quatrième question nous invite à spéculer sur l'élargissement des définitions de la santé et sur l'incidence que cela pourrait avoir sur les pouvoirs économiques du gouvernement fédéral. Il s'agit là de questions de vaste portée qui n'ont été que partiellement abordées dans le présent document. Nous avons conclu que les pouvoirs économiques joueront un rôle de plus en plus grand dans le domaine des soins de santé, en raison de la mondialisation, de pouvoirs économiques comme la compétence en matière de brevet, de possibles privatisations et finalement de l'important rôle budgétaire que continue de jouer le gouvernement fédéral dans le financement des soins de santé.

Il est improbable qu'il y ait des amendements constitutionnels importants dans le domaine des soins de santé. Il est probable aussi que les tribunaux avanceront avec précaution dans ce domaine. Si des changements doivent être apportés dans l'exercice des compétences, cela devrait se faire par la voie d'une entente politique, qui sera enchâssée dans une certaine forme de contrat ou d'entente semi-permanente. Toutefois, comme l'a fait remarquer une personnalité célèbre du monde du baseball, il est difficile de faire des prévisions, surtout au sujet de l'avenir.

Notes

1 Cette question est examinée dans un grand nombre de bonnes etudes, notamment dans celles de Smiley, cité précédemment, de Stevenson et de Meekison, qui sont tous mentionnés dans la bibliographie.

2 On trouvera en particulier dans Hogg (1988, p. 407-433) une analyse de la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Il convient de noter également que la Cour suprême a exprimé un point de vue plus large sur le pouvoir que la disposition concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement accorde au gouverment fédéral (voir *Couronne c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*) et elle a souligné l'incapacité des provinces de réglementer efficacement certains domaines.

3 Il ne s'agit pas là d'un pouvoir fédéral aussi clair que cette discussion pourrait le laisser croire.

4 On trouvera une bonne analyse de ce point dans le *Rapport de la Commission royale sur les soins de santé aux peuples autochtones, Volume 3,* en particulier aux pages 107 à 177.

5 Aux États-Unis, la Cour suprême a donné au parlement fédéral un pouvoir presque absolu de mettre en œuvre des traités internationaux dans des domaines relevant de la compétence des États.

6 L'article 132 contient les dispositions suivantes : *Le Parlement et le gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'Empire britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces, naissant de traités conclus entre l'Empire et ces pays étrangers.*

7 Pour un examen de cette décision et d'autres documents connexes, voir Howard Leeson et Wilf Vanderelst, *External Affairs and Canadian Federalism: The History of a Dilemma*, Holt, Rinehart et Winston, Toronto, 1973. Depuis 1937, par suite de l'affaire des Conventions de travail, le Parlement fédéral n'a plus le pouvoir de légiférer sur les obligations contractées en vertu de traités internationaux qui tombent dans des domaines de compétence provinciale. Toutefois, la Cour suprême a déclaré dans des arrêts récents tels que *Vapour Canada Ltd. [1977] 2 R.C.S. 134* en 1974, la *Couronne c. Crown Zellerbach Canada Ltd.* en 1988 et *General Motors c. National City Leasing* en 1989 que le gouvernement fédéral aura peut-être une plus grande latitude à l'avenir en vertu de la disposition de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement pour mettre en œuvre des traités.

8 Voir les affaires *Radio* et *Aéronautique*, 1930.

9 Il existe un certain nombre de bons articles écrits sur les événements des années 30 et sur l'impact que ceux-ci ont eu sur le fédéralisme canadien. Les exposés lesplus éloquents du problème ont été faits par la Commission Rowell-Sirois, spécialement dans le mémoire de la Saskatchewan. Parmi les autres articles, on trouve celui de Martha Fletcher intitulé « Judicial Review and the Division of Powers » et celui de Bora Laskin intitulé « Reflections on the Canadian Constitution », publié tous les deux dans l'ouvrage de Peter Meekison, *Canadian Federalism: Myth or Reality* (1968). Gerald Baier a récemment publié aussi un bon article intitulé « Judicial Review and Canadian Federalism », dans le livre de Bakvis et de Skogstad (2001).

10 Voir articles 112, 118, 119, 142 et Annexes 3 et 4.

11 Ici encore, il existe de bonnes sources de renseignements. En particulier, Banting (1987; 1998) et Lazar (2000), qui sont mentionnés dans la bibliographie, ont fait des travaux considérables sur l'évolution du pouvoir de dépenser au Canada.

12 Hogg mentionne qu'il a fait office de conseil auprès du gouvernement fédéral dans cette affaire.

13 En fait, le gouvernement fédéral et neuf provinces ont convenu le printemps dernier d'une procédure de règlement des différends.

14 Fait intéressant, il se pose également une question accessoire : La *Charte* peut-elle être invoquée pour garantir le droit de choisir des soins privés ?

15 Nous en saurons plus sur ce sujet quand la Cour suprême rendra son arrêt dans l'affaire *Lavigne*, introduite à l'origine au Québec.

16 Tout en étant très juste, l'énoncé du professeur Lazar ne fait pas état de l'engagement régional à l'égard de cette situation ni du rôle du gouvernement fédéral. Dans certaines provinces comme le Québec ou certaines régions comme celle de l'Ouest, il y a eu à différents moments un engagement plus ou moins ferme.

Bibliographie

Angus, D. E. (1992), « A Great Canadian Prescription: Take Two Commissioned Studies and Call Me in the Morning », dans l'ouvrage publié sous la direction de R. Deber et G. Thompson, *Restructuring Canada's Health System: How Do We Get There From Here?*, University of Toronto Press, Toronto.

Bakvis, Herman et Grace Skogstad (2001), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, Oxford University Press, Don Mills (Ontario).

Banting, K. G. (1987), *The Welfare State and Canadian Federalism*, 2e édition, McGill-Queen's University Press, Montréal.

_____ (1998), « The Past Speaks to the Future: Lessons from the Postwar Social Union », dans l'ouvrage publié sous la direction de H. Lazar, *The State of the Federation 1997: Non-Constitutional Renewal*, Institut des relations intergouvernementales, Queen's University, Kingston.

Barker, Paul (1998), « Disentangling the Federation: Social Policy and Fiscal Federalism », dans l'ouvrage publié sous la direction de Martin Westmacotte et Hugh Mellon, *Challenges to Canadian Federalism*, Prentice-Hall Canada Ltd., Scarborough (Ontario).

Boothe, P. et B. Johnson (1992), « Stealing the Emperor's Clothes: Deficit Offloading and National Standards in Health Care », *Papers in Political Economy*, n° 28, University of Western Ontario, London (Ontario).

Choudhry, Sujit (1996), « The Enforcement of the Canada Health Act. », *McGill Law Journal*, vol. 41.

Courchene, T. J. (1996), « ACCESS: A Convention on the Canadian Economic and Social Systems », document de travail préparé pour le ministère des Affaires intergouvernementales, gouvernement de l'Ontario, Toronto, août.

Deber, R., B. Sharmila, L. Mhatre et G. R. Baker (1994), « A Review of Provincial Initiatives », dans l'ouvrage publié sous la direction de A. Blomqvist et D. M. Brown, *Limits to Care: Reforming Canada's Health System in an Age of Restraint*, Institut C. D. Howe, Toronto.

Fierlbeck, K. (2001), « Cost Containment in Health Care: The Federal Context », dans l'ouvrage publié sous la direction de H. Lazar et D. Adams, *The Canadian Social Union: Case Studies from the Health Sector*, McGill-Queen's University Press, Montréal.

Gibson, Dale (1996), « The Canada Health Act and the Constitution », *Health Law Journal*, vol. 4.

Gray, G. (1991), *Federalism and Health Policy: The Development of Health Systems in Canada and Australia*, University of Toronto Press, Toronto.

Hogg, Peter (1998), *Constitutional Law in Canada*, Carswell Publishing, Scarborough (Ontario).

Institut canadien d'information sur les soins de santé (1999), « Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-1998 », ICIS, Ottawa.

_____ (2000), *Health Care in Canada: A First Annual Report*, ICIS, Ottawa.

Jackman, Martha (2000), « Constitutional Jurisdiction Over Health in Canada », *Health Law Journal*, vol. 95, n° 8.

Keating, Michael (1999), « Challenges to Federalism: Territory, Function, and Power in a Globalizing World », dans l'ouvrage publié sous la direction de Robert Young, *Stretching the Federation*, Institut des relations intergouvernementales, McGill-Queens University Press, Kingston.

Lazar, Harvey (2000), « In Search of a New Mission Statement », dans l'ouvrage publié sous la direction de Harvey Lazar, *Canada: The State of the Federation 1999/2000,* McGill-Queens University Press, Kingston (Ontario).

Leeson, Howard et Wilfred Vanderelst (1973), *External Affairs and Canadian Federalism: the History of a Dilemma,* Holt Rinehart et Winston,Toronto.

Maioni, A. (1998), *Parting at the Crossroads: The Emergence of Health Insurance in the United States and Canada,* Princeton University Press, Princeton (New Jersey).

____ (1999), « Decentralization in Health Policy: Comments on a Convention on Canadian Economic and Social Systems », dans l'ouvrage publié sous la direction de R. Young, *Stretching the Federation: The Art of the State in Canada*, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, Kingston (Ontario).

Meekison, Peter (1968), *Canadian Federalism: Myth or Reality*. Methuen, Toronto.

O'Neill, M. A. (1997), « Stepping Forward, Stepping Back? Health Care, the Federal Government and the New Canada Health and Social Transfer », *International Journal of Canadian Studies,* vol. 15 (printemps), p.169-185.

Phillips, S. D. (1995). « The Canada Health and Social Transfer: Fiscal Federalism in Search of a Vision », dans l'ouvrage publié sous la direction de D. M. Brown et J. Rose, *Canada: The State of the Federation 1995*, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, Kingston.

Rachlis, Michael, Robert G. Evans, Patrick Lewis et Morris L. Barrer (2001), *Revitalizing Medicare*, Tommy Douglas Research Institute, janvier,Vancouver.

Rioux, Marcia (1999), « An Appeal to the Charter of Rights and Freedoms », dans l'ouvrage publié sous la direction de Margaret Sommerville, *Do We Care?*, McGill-Queens University Press, Montréal.

Robinson, I. et R. Simeon (1994), « The Dynamics of Canadian Federalism », dans l'ouvrage publié sous la direction de J. Bickerton et A.-G. Gagnon, *Canadian Politics*, 2e édition, Broadview Press, Peterborough (Ontario).

Russell, Peter. H. (1993), *Constitutional Odyssey,* 2e édition, University of Toronto Press, Toronto.

Simeon, R. (1972), *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, University of Toronto Press, Toronto.

Smiley, D. V. (1980), *Canada In Question: Federalism in the Eighties*, McGraw-Hill Ryerson, Toronto.

Smith, M. (1995), « Medicare and Canadian Federalism », dans l'ouvrage publié sous la direction de F. Rocher et M. Smith, *New Trends in Canadian Federalism*, Broadview Press, Peterborough, (Ontario).

Stevenson, Garth (1982), *Unfulfilled Union,* édition révisée, Gage Publishing, Toronto.

Taylor, M. G. (1987), *Health Insurance and Canadian Public Policy: The Seven Decisions that Created the Canadian Health Insurance System and Their Outcomes*, 2e édition, McGill-Queen's University Press, Montréal.

Tuohy, C. H. (1999), *Accidental Logics: The Dynamics of Change in the Health Care Arena in the United States, Britain and Canada*, Oxford University Press, New York.

Watts, R. L. (1999), *Comparing Federal Systems*, 2e édition, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, Kingston.

Wheare, K. C. (1951), *Federal Government*, 2e edition, Oxford University Press, Londres.

Whyte, J. D. et W. R. Lederman (1977), *Canadian Constitutional Law,* 2e édition, Butterworths, Toronto.

Publications des gouvernements

Gouvernement de la Saskatchewan, « Caring For Medicare », *Commission on Medicare*, Ken Fyke, commissaire, 2001.

Sites Web

Réseaux canadiens de recherche en politiques publiques : www.rcrpp.com
Santé Canada : www.hc-sc.gc.ca
Institut canadien d'information sur la santé : www.cihi.ca/

Vocabulaire

Accessiblité : Exige, d'une part, un accès raisonnable qui ne soit pas empêché par des barrières financières ou autres aux services que les résidants doivent avoir aux soins médicaux nécessaires dispensés dans les hôpitaux par un médecin, et, d'autre part, une rémunération raisonnable à la fois pour les médecins et les hôpitaux.

Intégralité : Exige que soient assurés tous les services médicalement nécessaires fournis par les hôpitaux et les médecins.

Transférabilité : Exige que la protection soit maintenue quand un résidant se déplace ou voyage à l'intérieur du Canada ou en dehors du pays (la protection en dehors du Canada est limitée à celle que le résidant a dans sa propre province).

Gestion publique : Exige que le régime d'assurance d'une province soit géré sans but lucratif par une autorité publique.

Universalité : Exige que tous les résidants d'une province aient droit à toute la protection fournie par l'assurance-santé publique.